

UiO • Det juridiske fakultet

"Rimelig tid"-kravet i EMK artikkel 5 nr. 3

Kandidatnummer: 697

Leveringsfrist: 25.11.14

Antall ord: 17935



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Problemstilling.....	1
1.2	Metode og kilder.....	2
1.2.1	EMDs praksis.....	4
1.3	Fremstillingen videre.....	5
2	”RIMELIG TID”-KRAVET I EMK ARTIKKEL 5 NR. 3.....	7
2.1	Innledning.....	7
2.2	Anvendelsesområdet for ”rimelig tid”-kravet i EMK artikkel 5 nr. 3.....	8
2.3	Perioden som skal vurderes.....	10
3	DE SPESIELLE BETINGELSENE FOR ”RIMELIG TID”-KRAVET I EMK ARTIKKEL 5 NR 3.....	13
3.1	Innledning.....	13
3.2	Generelle prinsipper for vurderingen.....	15
3.3	Rimelig mistanke.....	18
3.4	”Relevante og tilstrekkelige” grunner.....	20
3.4.1	Fare for at siktede ikke vil møte til hovedforhandling (fluktfare).....	24
3.4.2	Fare for at tiltalte vil forsøke å motvirke etterforskningen (bevisforspillelsesfare).....	30
3.4.3	Gjentagelsesfare.....	36
3.4.4	Risiko for forstyrrelse av den offentlige orden.....	38
3.4.5	Beskyttelse av tiltalte.....	41
3.5	Alternative midler.....	41
3.5.1	Kausjon.....	44
3.6	Krav til sakens fremdrift.....	46
3.7	Varetektstidens selvstendige betydning.....	50
4	AVSLUTTENDE BEMERKNINGER.....	53
5	KILDER.....	55

1 Innledning

1.1 Problemstilling

Varetektsfengsling er et inngrep i en av de fundamentale menneskerettighetene, retten til personlig frihet og sikkerhet. Retten til personlig frihet og sikkerhet verner om retten til fysisk frihet, samt trygghet for at man ikke vil bli berøvet friheten vilkårlig¹.

Selve varetekten innebærer en frihetsberøvelse forut for domfellelse. De prosessuelle og materielle reglene for å fremstille noen for varetektsfengsling inneholder dermed ikke de samme rettssikkerhetsmarginene som ved fengsling etter dom². Inngrepet kommer ofte uventet på vedkommende og besluttes for et ubestemt tidsrom. Dette kan medføre skader på personens privat- og arbeidsliv, særlig der varetekten innehar restriksjoner. Fengslingen kan i noen tilfeller få irreversible følger for personen, særlig dersom han blir dømt uskyldig ved senere dom³.

Det er derfor nødvendig å ha tilfredsstillende prosessuelle og materielle regler for å sikre at inngrepet blir så lite belastende som mulig, og for å hindre at det skjer overgrep⁴.

Retten til personlig frihet og sikkerhet er ikke positivt nedfelt i norsk lov. Negativt er retten vernet i grunnlovens § 94⁵, som bestemmer at det ikke kan skje frihetsinngrep uten hjemmel i lov. Det sterkeste vernet for den personlige friheten finner vi i menneskerettighetskonvensjonene som Norge er bundet av⁶.

Begrensninger for inngrep i den personlige friheten finner vi både i Den europeiske menneskerettighetskonvensjon artikkel 5 og FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter

¹ Jf. EMK artikkel 5

² Se EMK artikkel 6

³ Se Rec(2006)13, Appendix to Recommendation, para 3

⁴ Det ble uttalt i Rec(2006)13, Appendix to Recommendation, para 10, at det er ønskelig å utvikle internasjonale normer for bruk av varetektsfengslingen, herunder både normene som skal sikre at personer ikke blir utsatt for vilkårlig frihetsberøvelse, og mekanismer for implementeringen av disse normene

⁵ Kongeriges Norges Grundlov den 17ende Mai 1814

⁶ Lov 21. mai 1999 nr. 19 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett

artikkel 9. I tillegg er FNs barnekonvensjon artikkel 40 av betydning når den frihetsberøvede er under 18 år.

Av disse tre nevnte gir Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (heretter EMK) artikkel 5 de mest konkrete retningslinjene for varetektsfengslingen. EMK Artikkel 5 nr. 1 gir hovedregelen om personlig frihet og sikkerhet. Hovedregelen er personlig frihet og frihetsberøvelse skal alltid være et strengt unntak⁷. Unntakene er opplistet artikkelens første ledd bokstav a til f. Selve varetektsfengslingen er hjemlet i bokstav c, som sammen med artikkel 5 nr. 3 oppstiller vilkårene for varetektsfengsling i samsvar med konvensjonen.

EMK artikkel 5 nr 3 oppstiller et krav om at personer som er varetektsfengslet har rett til *”hovedforhandling innen rimelig tid, eller løslatelse”*. I dette ”rimelig tid”-kravet oppstilles det prosessuelle og materielle begrensninger for varetekten. Hovedtemaet for oppgaven er dermed er å fastlegge hva som ligger i uttrykket ”rimelig tid” i EMK artikkel 5 nr. 3.

Det følger av EMK artiklene 19 og 32 at det er Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (heretter EMD), som har til oppgave å tolke og anvende menneskerettighetskonvensjonen. For å gi en sammenfatning av «rimelig tid»-kravet i artikkel 5 nr 3, er det nødvendig å se på hva som er gjeldende rett ifølge EMDs praksis⁸. Oppgaven vil derfor hovedsaklig bestå i en redegjørelse av hvilke momenter EMD legger vekt på ved sin tolkning av ”rimelig tid”-kravet i EMK art. 5 nr. 3.

1.2 Metode og kilder

Jeg har i denne oppgaven gjort bruk av en rettsdogmatisk metode, det vil si at det ved rettskildebaseret argumentasjon søkes å komme frem til hva som er gjeldende rett på rettsområdet.

⁷ Se Rec(2006)13, para 3(1), hvor det sies at: “the remand in custody of persons suspected of an offence shall be the exception rather than the norm”

⁸ Se avsnitt 1.2.2

Rettspraksis fra EMD har vært hovedkilden når jeg har fastlagt vurderingstemaet for artikkel 5 nr 3. Disse er hentet fra EMDs egen online søkemotor, Hudoc⁹. Jeg har tatt utgangspunkt i de nyeste avgjørelsene¹⁰ og har lagt størst vekt på storkammeravgjørelsene, da disse ansees å ha størst rettskildemessig verdi. Det foreligger et stort antall avgjørelser som omhandler ”rimelig tid”-kravet i artikkel 5 nr. 3. Jeg har tatt utgangspunkt i totalt 98 avsigelser, syv av disse storkammerdommer¹¹. Jeg har gått gjennom samtlige for å skape et helhetlig bilde av domstolens vurdering. Oppgaven vil av den grunn for det meste følge EMDs struktur for anvendelsen av «rimelig tid» kravet i artikkel 5 nr 3. Det tas forbehold om at det finnes flere domsavsigelser av betydning.

Jeg har også brukt dokumentet ”Guide on article 5”¹² som veiledning for fastleggelsen av det som er gjeldende rett etter EMDs praksis. Dette er en oppsummering av hva Europarådet anser som gjeldende rett ved artikkel 5. Dokumentet går i hovedsak gjennom rettspraksis fra EMD og er en såkalt ”case law” oversikt.

En annen kilde har vært rekommandasjonene fra Europarådets Ministerkomité og Europarådets Parlamentariske Forsamling. Disse rekommandasjonene er ikke bindende for medlemslandene, men tillegges ofte stor vekt da de regnes å gi uttrykk for det som til enhver tid er medlemslandenes felles rettsoppfatning på rettsområdet¹³. Angående varetektsfengsling er det vedtatt tre rekommandasjoner, Rekommandasjon nr. 11 fra 1965¹⁴, Rekommandasjon nr. 11 fra 1980¹⁵ og Rekommandasjon nr. 13 fra 2006¹⁶. Jeg har kun anvendt den siste, da denne anses å erstatte de foregående¹⁷.

⁹ Se <http://hudoc.echr.coe.int/>

¹⁰ 72 av avgjørelsene er avsagt etter 2000 og 62 av disse etter 2005

¹¹ Se kilder, kapittel 5

¹² Se http://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_5_ENG.pdf

¹³ Jf. Kjølbros (2010) s. 31

¹⁴ Jf. Council of Europe, Resolution no. 11, Res (65) Remand in custody.

¹⁵ Jf. Council of Europe, Committee of Ministers, recommendation no (80) 11 of the Committee of Ministers to member states, concerning custody pending trial

¹⁶ Jf. Council of Europe, Committee of Ministers, recommendation (2006) 13 of the Committee of Ministers to member states on the use of remand in custody, the conditions in which it takes place and the provision of safeguards against abuse.

¹⁷ . Jf. Rec(2006)13, Appendix to Recommendation Rec(2006)13, para 10

Jeg har brukt litteraturen som innføring og supplement. I tillegg har jeg brukt litteraturen for å finne fram til relevante domsavsigelser fra EMD¹⁸.

1.2.1 EMDs praksis

Da oppgaven hovedsakelig består i å redegjøre for EMDs praksis, vil jeg her oppsummere hvorfor denne praksisen er viktig for fastleggelsen av ”rimelig tid”-kravet i artikkel 5 nr. 3.

Praksis vil i denne sammenheng si dommer og avgjørelser fra den EMD¹⁹. Domstolen ble opprettet den 21. januar 1959, med hjemmel i artikkel 19. Artikkel 32 bestemmer at domstolens jurisdiksjon skal omfatte alle saker angående tolkning og anvendelse av konvensjonen og dens protokoller som bringes inn for den, og artikkel 44 bestemmer at domstolens avgjørelser skal være endelige. Både individer og andre stater kan klage inn et forhold for domstolen etter artikkel 33 og 34. Medlemsstatene er etter artikkel 46 forpliktet til å rette seg etter alle avsigelser som de selv er part i. Konvensjonen har dermed sterke håndhevingsmekanismer i forhold til andre menneskerettighetskonvensjoner²⁰.

EMD anvender en effektiv og formålsbasert tolkning. Dette kommer klart fram i Wemhoff mot Tyskland som ble avsagt i 1968²¹, hvor domstolen uttalte at: *“Given that it is a law-making treaty, it is also necessary to seek the interpretation that is most appropriate in order to realise the aim and achieve the object of the treaty, not that which would restrict to the greatest possible degree the obligations undertaken by the Parties”*²². Domstolen har gjentatte ganger fastholdt at konvensjonenes formål er å sikre rettigheter som ikke er teoretiske og illusoriske, men praktiske og effektive²³. Dette gjelder særlig når det dømmes om de fundamentale menneskerettighetene. Ved fastleggelsen av innholdet i konvensjonens bestemmelser spiller derfor rettspraksis fra EMD en stor rolle.

¹⁸ Se Kilder, kapittel 5

¹⁹ Jf. Kjølbros (2010) s. 17

²⁰ Jf. Harris (2009) s. 4

²¹ EMD har fulgt denne linjen siden da, se blant annet Sergey Zolotukhin mot Russland (2009), para 80 og Daud mot Portugal (1998), para 38

²² Jf. Wemhoff mot Tyskland (1968), para 8

²³ Jf. Kjølbros (2010) s. 22

Dette har også sammenheng med at mange av artiklene ble gitt en vag og generell utforming når konvensjonen ble ingått i 1953 og har blitt utfylt og presisert gjennom senere praksis²⁴. Dette har skjedd ved EMDs dynamiske og effektive tolkningsmetode²⁵. I tillegg har Europarådet økt sin generelle innflytelse gjennom rekommandasjonene hvor de uttaler seg om vesentlige politiske og samfunnsmessige spørsmål. En viktig grunn til EMDs økte betydning er at medlemslandene gjennomgående har akseptert og rettet seg etter domsavsigelsene²⁶.

EMD opptrer allikevel ikke som en fjerde instans og avgjør ikke spørsmålet om siktede skal fengsles eller løslatest i det konkrete tilfellet. EMD prøver, ved en konkret vurdering, om varetektsfengslingen i sin helhet tilfredsstiller kravene i ”rimelig tid”-vurderingen. Jeg vil, utifra en gjennomgåelse av domsmaterialet fra EMD, beskrive hva denne konkrete vurderingen må inneholde for å tilfredstille konvensjonens krav.

1.3 Fremstillingen videre

Jeg vil først gi en innledning til ”rimelig tid”-kravet i EMK artikkel 5 nr. 3 (avsnitt 2.1). Deretter gis det en oversikt over anvendelsesområdet for ”rimelig-tid” kravet (avsnitt 2.2) og perioden som skal vurderes (avsnitt 2.3.2).

Kapittel 3 er oppgavens hoveddel og vil behandle de spesielle betingelsene for at ”rimelig tid”-kravet skal være oppfylt etter artikkel 5. nr 3.

Først vil det i en innledning fastslås vurderingstemaet for ”rimelig tid”-kravet (avsnitt 3.1), så gis de generelle prinsippene for denne vurderingen (avsnitt 3.2). Deretter de spesielle betingelsene for at varetektsfengslingen skal være i samsvar med ”rimelig tid”-kravet.

²⁴ Jf. Kjølbrot (2010) s. 17

²⁵ Jf. Austin og andre mot Storbritannia (2012), para 53, hvor det uttales at *”the Convention is a living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions and the ideas prevailing in democratic states today”*

²⁶ Jf. Bates(2012) s. 396, det foreligger også kritikk mot domstolens økte ansvarsområde, særlig fra britisk hold, se blant annet Costa(2011) s. 173 og Bates(2012) s. 405

I den innledende fasen av fengslingen er det tilstrekkelig at det foreligger rimelig mistanke for at personen har begått en straffbar handling (avsnitt 3.3). Når det har gått en viss tid vurderer EMD om de øvrige grunnene som de nasjonale domstolene har anført for fengslingen er ”relevante og tilstrekkelige” (avsnitt 3.4). For at fengslingen skal oppfylle konvensjonens krav må minst ett av fire fengslingsgrunnlag være tilstede og begrunnet med relevante og tilstrekkelige fakta. Disse er fluktfare (avsnitt 3.4.1), bevisforspillelsesfare (avsnitt 3.4.2), gjentakelsesfare (avsnitt 3.4.3) og hensynet til offentlig orden (avsnitt 3.4.4). Et hensyn som ikke er oppregnet blant de anerkjente hensynene, er hensynet til beskyttelse av tiltalte (avsnitt 3.4.5), dette er et hensyn som jeg allikevel har valgt å ta med i oppgaven²⁷.

I vurderingen om fengslingsgrunnene er «relevante og tilstrekkelige» stiller også EMD krav til at det ikke finnes mindre inngripende tiltak som de nasjonale myndigheter kunne ha anvendt seg av for å sikre formålet bak fengslingen (avsnitt 3.5). Under denne vurderingen inngår også spørsmålet om kausjon (avsnitt 3.5.1).

Hvis de anførte fengslingsgrunner aksepteres og anses som relevante og tilstrekkelige, vurderer domstolen videre om de nasjonale myndigheter har behandlet saken med tilstrekkelig hurtighet. (det EMD kaller ”special diligence”). Dette er et krav til fremdrift i behandlingen av saken (avsnitt 3.6).

Til slutt vurderes hva selve varetektstidens lengde har å si for vurderingen om vareteksperioden skal anses som rimelig eller ikke (avsnitt 3.7).

Helt til slutt vil jeg komme med noen avsluttende bemerkninger til oppgaven (avsnitt 4)

²⁷ Se avsnitt 3.3.5

2 "Rimelig tid"-kravet i EMK artikkel 5 nr. 3

2.1 Innledning

Artikkel 5 nr. 3 lyder i originaltekst:

"Everyone arrested or detained in accordance with the provisions of paragraph 1.c of this article shall be brought promptly before a judge or other officer authorised by law to exercise judicial power and shall be entitled to trial within a reasonable time or to release pending trial. Release may be conditioned by guarantees to appear for trial."

Artikkelen regulerer to separate faser av varetektsfengslingen²⁸. Den første er tiden for framstilling for rettslig varetekt etter arrestasjonen ("promptly" kravet i artikkel 5 nr 3). Den andre er den tiden hvor personen sitter varetektsfengslet fram mot hovedforhandlingen ("reasonable time" kravet i artikkel 5 nr. 3). Det er den andre fasen i artikkel 5 nr 3 som denne oppgaven skal omhandle, det vil si den fortsatte varetektsfengslingen fram mot hovedforhandlingen, og hvilke begrensninger "rimelig tid"-kravet i artikkel 5 nr. 3, stiller til denne.

"Rimelig tid"-kravet i artikkel 5 nr. 3 setter prosessuelle og materielle begrensninger for varetektsfengslingen. Disse vilkårene har som formål å verne individene mot vilkårlige frihetsinngrep²⁹.

Det har i domstolens praksis blitt utviklet kriterier for bedømmelsen om varetektsperioden oppfyller "rimelig tid" kravet³⁰. Hvis perioden ikke anses som rimelig, har den fengslede rett til løslatelse. Dette følger eksplisitt av ordlyden i artikkel 5 nr. 3, "...*be entitled to trial within a reasonable time or to release pending trial.*" Formålet med "rimelig tid" kravet i artikkel 5 nr. 3 er å sikre at personen blir løslatt når fengslingen opphører å være rimelig begrunnet³¹.

²⁸ Jf. Kjølbros (2010) s. 311

²⁹ Jf. McKay mot Storbritannia (2006), para 30

³⁰ Jf. Kjølbros (2010) s. 315

³¹ Jf. Kjølbros (2010) s. 314, Guide on Article 5 (2012), para 143-145 og McKay mot Storbritannia (2006), para

2.2 **Anvendelsesområdet for ”rimelig tid”-kravet i EMK artikkel 5 nr. 3**

Varetektsfengslingen er et av unntakene fra hovedregelen om personlig frihet og sikkerhet i EMK artikkel 5³². Artikkel 5 er bygd opp slik at hovedregelen er oppstilt i artikkelens første ledd, mens unntakene står i bokstav a til f. Bestemmelsen gir både hovedregelen og unntakene, og er således uttømmende for frihetsberøvelse etter konvensjonen. Hovedformålet med bestemmelsen er å forhindre at det skjer vilkårlige frihetsberøvelser³³. Unntakene tolkes strengt i EMDs anvendelse av artikkel 5³⁴.

Domstolen har slått fast at artikkel 5 er *“a provision which makes detention an exceptional departure from the right to liberty and one that is only permissible in exhaustively, enumerated and strictly defined cases”*³⁵. Dette har sammenheng med at retten til personlig frihet og sikkerhet regnes som en av de grunnleggende rettighetene i konvensjonen³⁶. Inngrep i denne rettigheten anses som særlig belastende. Det å bli fratatt den fysiske friheten er noe av det mest inngripende vi kan utsette noen for.

Domstolen har gjentatte ganger statuert at retten til personlig frihet er en av de grunnleggende rettighetene³⁷. Blant annet i *Ladent mot Polen* hvor domstolen uttalte at *«The Court reiterates that article 5 of the convention guarantees the fundamental right to liberty and security. That*

³² EMK artikkel 5 nr. 1 lyder i originaltekst: *“Everybody has the right to liberty and security of person. No one shall be deprived of this liberty save in the following cases and in accordance with a procedure prescribed by law”*

³³ Jf. Harris (2009) s. 122 og McKay (2006) mot Storbritannia, para 30

³⁴ Jf. Harris (2009) s. 122, Khodorkovskiy mot Russland (2011), para 185 og Kandzhov mot Bulgaria (2008), para 55

³⁵ Jf. Khodorkovskiy mot Russland (2011), para 185

³⁶ Rec(2006)13, appendix to Recommendation Rec(2006)13, para 2

³⁷ Se Medvedyev og andre mot Frankrike (2010), para 76 hvor det uttales at: *«This right is of the highest importance in a democratic society»* og McKay mot Storbritannia (2006), para 30, hvor det uttales at: *“Article 5 of the Convention is, together with Articles 2,3 and 4, in the first rank of fundamental rights that protect the physical security of an individual and as such its importance is paramount.”*

right is of primary importance in a «democratic society» within the meaning of the Convention³⁸».

Selve varetektsfengslingen er hjemlet i artikkel 5 første ledd bokstav c, og er et av de lovlige unntakene fra hovedregelen som oppstilles i artikkel 5. Artikkel 5 nr. 3 henviser til første ledd litra c og disse to skal leses som ett³⁹. Dette betyr at begrensningene i artikkel 5 nr. 3, herunder ”rimelig tid” kravet, kun gjelder der vedkommende er varetektsfengslet som beskrevet i artikkelens bokstav c⁴⁰.

Artikkel 5 første ledd bokstav c hjemler:

”the lawful arrest or detention of a person effected for the purpose of bringing him before the competent legal authority on reasonable suspicion of having committed an offence or when it is reasonably considered necessary to prevent his committing an offence or fleeing after having done so;”

Det er etter bokstav c et minstevilkår for varetektsfengsling at det foreligger rimelig mistanke for at personen har begått en straffbar handling. I tillegg krever bestemmelsen at fengslingen må ha som formål å stille personen for en kompetent myndighet⁴¹. Begge disse vilkårene i bokstav c er absolutte minstevilkår for fengslingen, med den konsekvens at hvis disse ikke er oppfylt så er heller ikke fengslingen akseptert ifølge konvensjonen.

I tillegg er det et absolutt minstevilkår at inngrepet er hjemlet i nasjonal lov for at frihetsberøvelsen skal kunne aksepteres⁴². Konvensjonens forståelse av termen «lovlig» setter krav til lovens materielle og prosessuelle side. Herunder krav til at rettreglene skal være tilgjengelige, at de skal være tilstrekkelige klare og presise og at rettstilstanden skal være forutsigbar⁴³. Dette vilkåret må være oppfylt hele perioden personen er frihetsberøvet.

³⁸ Jf. Ladent mot Polen (2008), para 45

³⁹ Jf. Smirnova mot Russland (2003), para 56

⁴⁰ Jf. Kudla mot Polen (2000), para 104

⁴¹ Jf. Artikkel 5 bokstav c ”purpose of bringing him before the competent legal authority”

⁴² Jf. Artikkel 5 nr. 1 ”procedure prescribed by law”

⁴³ Jf. Kjølbros (2010) s. 278

For at artikkelen skal komme til anvendelse, må det være staten eller statlige myndigheter som er ansvarlig for inngrepet. Beslutningen om frihetsberøvelse må dermed komme fra en offentlig myndighet⁴⁴. Bestemmelsen sier videre at «enhver» har rett til frihet og sikkerhet. Ordet «enhver» skal tolkes bokstavelig, det vil si at alle individer innen nasjonalstatens jurisdiksjon skal beskyttes mot vilkårlige frihetsinngrep. Frihet og sikkerhet har av domstolen blitt tolket som én rettighet⁴⁵, og termen «sikkerhet» skal forstås i sammenheng med «frihet»⁴⁶.

Med uttrykket personlig frihet menes den fysiske friheten. Det vil si at enhver frihetsberøvelse vil falle innenfor vernet i artikkel 5, uten hensyn til hvilket område den blir foretatt på eller hvilket formål den har. Vernet skal tolkes antitetisk, slik at andre integritetsinngrep ikke omfattes⁴⁷. Det avgrenses nedad mot retten til bevegelsesfrihet, som er regulert i EMK fjerde tilleggsprotokoll artikkel 2. Hva som konstituerer er frihetsberøvelse beror i første rekke på graden av intensitet overfor den som inngrepet retter seg mot⁴⁸.

Av disse absolutte vilkårene er det kun kravet om rimelig mistanke som problematiseres i vurderingen om ”rimelig tid”-kravet. De øvrige minstevilkårene vil derfor ikke bli behandlet nærmere i det følgende.

2.3 Perioden som skal vurderes

Jeg har nå gitt en introduksjon til hvilke tilfeller ”rimelig tid”-kravet gjelder for. Jeg vil nå slå fast hvilket tidsrom som skal vurderes.

⁴⁴ Se allikevel statens plikt til å ta rimelige skritt for å forhindre frihetsberøvelse som det må kunne forventes at statene har kunnskap om, jf. Kjølbros (2010) s. 278 og Storck mot Tyskland (2005), para 102

⁴⁵ Jf. Kjølbros (2010) s. 277

⁴⁶ Se Giorgi Nikolaishvili mot Georgia (2009), para 52

⁴⁷ Jf. Guide on article 5 (2012), para 2

⁴⁸ Se blant annet Guzzardi mot Italia (1980), para 93

Denne perioden begynner å løpe når personen faktisk blir frihetsberøvet. Dette vil som regel være allerede ved pågripelsen⁴⁹. Perioden ender enten når personen blir løslatt eller når det blir avsagt dom i saken⁵⁰.

Perioden kan for det første ende når personen løslates. Her er det avgjørende tidspunktet når personen faktisk løslates⁵¹. Hvis personen har vært varetektsfengslet flere ganger, kan alle periodene vurderes samlet i en helhetsbedømmelse⁵².

Perioden kan for det andre ende ved dom, det er midlertidig ikke et krav at dommen er rettskraftig. Perioden løper fram til siktelsen er pådømt av en kompetent domstol⁵³. Normalt vil dette være oppfylt når saken er avgjort av et organ innen statens ordinære domstolshierarki. Fristen avbrytes da når saken er avgjort ved dom i første instans⁵⁴. Etter at dom i første instans er avsagt, hjemles fengslingen i artikkel 5 nr 1 litra a. Denne gir hjemmel for frihetsberøvelse av en person som er domfelt av en kompetent domstol.

Etter dommen er avsagt reguleres rimeligheten av varetektsfengslingens lengde av artikkel 6 nr 1. Dette vil være tilfellet når vedkommende er fengslet i påvente av ankebehandling⁵⁵. Dette har sammenheng med at perioden fram til dom i første instans regnes som minst betryggende i forhold til tiltaltes rettssikkerhet. Saksbehandlingen ved fengslingskjennelsene er mindre grundige og inneholder færre rettsikkerhetsgarantier enn selve domstolsbehandlingen. Når dom er avsagt i første instans er saken blitt grundig behandlet av en kompetent domstol⁵⁶.

⁴⁹ Se Wemhoff mot Tyskland (1968), para 9

⁵⁰ Jf. Kalashnikov mot Russland (2002), para 110

⁵¹ Se Van der Tang mot Spania (1995), para 58

⁵² Se Neumeister mot Østerrike (1968), para 6

⁵³ Se Wemhoff mot Tyskland (1968), para 9

⁵⁴ Se Gòrski mot Polen (2005), para 42

⁵⁵ Jf. Straffeprosessloven § 187

⁵⁶ Jf. Jebens (2004) s. 240 og EMK artikkel 6

”Rimelig tid”-kravet i artikkel 5 nr. 3 oppstiller dermed en grense for den tidsmessige utstrekningen av selve varetektsfengslingen⁵⁷. Det er selve varetektsfengslingen, og ikke tiden fram til hovedforhandling, som skal vurderes. Statene kan ikke varetektsfengsle på grunnlag av at saken pådømmes innen rimelig tid⁵⁸. Når den fortsatte fengslingen slutter å være rimelig, skal personen løslates⁵⁹.

⁵⁷ Jf. Kjølbrot (2010) s. 314

⁵⁸ Jf. Wemhoff mot Tyskland (1968), para 4 og 5

⁵⁹ Se Neumeister mot Østerrike (1968), para 4

3 De spesielle betingelsene for ”rimelig tid”-kravet i EMK artikkel 5 nr 3

3.1 Innledning

Ved bedømmelsen av ”rimelig tid”-kravet, gjør EMD en konkret vurdering av hver enkelt saks spesielle omstendigheter for å vurdere om varetektsperioden anses som rimelig eller ikke⁶⁰. Det er kriteriene for denne bedømmelsen som skal behandles i det følgende.

I tillegg til at personen må være fengslet som beskrevet i artikkel 5 nr. 1 bokstav c (avsnitt 2.2) oppstiller ”rimelig tid”-kravet i artikkel 5 nr. 3 spesielle betingelser for varetektsfengslingen. Formålet med disse betingelsene er å sikre at fengslingen opphører når den ikke lenger er rimelig.

Noen av vilkårene for frihetsberøvelsen er hjemlet i konvensjonen, mens andre har blitt akseptert i EMDs praksis. Kravene til fengslingsvilkårene som nå vurderes av EMD går mye lenger enn det som kan leses ut av konvensjonsteksten⁶¹. Dette er et eksempel på at konvensjonsteksten ikke kan leses uten at EMDs praksis tas med. Innholdet i artikkelen må her utfylles med EMDs praksis.

For det første er det et krav etter konvensjonen at det foreligger rimelig mistanke om at personen har begått en kriminell handling⁶². Hvis ikke det foreligger rimelig mistanke om at personen har begått en kriminell handling, vil det medføre krenkelse av ”rimelig tid”-kravet. Ved helt korte frihetsberøvelser er som regel den rimelige mistanken tilstrekkelig til å begrunne fengslingen. EMD vurderer på dette tidspunktet ikke de supplerende fengslingsgrunnene⁶³.

⁶⁰ Jf. W. mot Sveits (1993), para 30

⁶¹ Jf. Kjølbros (2010) s. 317

⁶² Jf. Artikkel 5 bokstav c

⁶³ Jf. Kjølbros (2010) s. 317

For det andre vurderer EMD, når frihetsberøvelsen har vart en viss tid, om de øvrige grunnene som de nasjonale domstoler har anført for fengslingen er ”relevante og tilstrekkelige”. At grunnene er «relevante» vil si at det foreligger faktiske grunner for å varetektsfengsle, mens «tilstrekkelige» betyr at grunnene må være tilstrekkelig sterke for å legitimere frihetsinngrepet⁶⁴. Her gjør domstolen en inngående vurdering av de fengslingsgrunnlagene som nasjonale myndigheter har anført. Konvensjonen inneholder ikke en oppregning av anerkjente fengslingsgrunner. Av EMDs praksis kan det utledes fire godkjente hensyn som kan begrunne fengslingen⁶⁵;

1. fare for at tiltalte ikke vil møte for hovedforhandling (fluktfare)
2. fare for at tiltalte vil forsøke å hindre etterforskningen eller justissystemet (bevisforspillelsesfare)
3. fare for at tiltalte vil begå ny kriminalitet (gjentakelsesfare)
4. fare for at den offentlige orden trues ved løslatelse av tiltalte

For at fengslingen skal være godtatt etter EMDs praksis, må minst et av disse hensynene veie tyngre enn hensynet til vedkommendes personlige frihet. I tillegg må dette være begrunnet på en overbevisende måte fra de nasjonale myndigheters side.

Det er også et vilkår etter artikkel 5 nr. 3 at det ikke finnes alternative mindre inngripende tiltak som kan hindre risikoen i fengslingsgrunnene under punkt 2. I dette ligger en plikt for de nasjonale myndighetene å vurdere om det foreligger varetektssurrogater⁶⁶.

For det tredje, og hvis domstolen finner at grunnene i de nasjonale domstolars fengslingskjennelser er overbevisende nok til å legitimere et frihetsinngrep, går den videre og vurderer kravet om fremdrift i saken (*special diligence*⁶⁷). Dette er et krav til at statens myndigheter, ved behandlingen av saken, har utvist nødvendig omhu med hensyn til

⁶⁴ Jf. Havre(2014) s. 44

⁶⁵ Jf. Khodorkovskiy mot Russland (2011) para 184 og Guide on article 5 (2012), para 152

⁶⁶ Se Idalov mot Russland (2012), para 140 og Khodorkovskiy mot Russland (2011), para 197

⁶⁷ Se blant annet Scott mot Spania (1996), para 74

fremdriften i saksbehandlingen. Kravet gjelder hele prosessen fram til dom, og innebærer et krav til påtalemyndigheten og til rettssystemet for øvrig⁶⁸.

Det foreligger dermed tre absolutte krav, rimelig mistanke, relevante og tilstrekkelige grunner og kravet til sakens fremdrift. EMD kan dermed dømme krenkelse på tre separate grunnlag, som alle inngår i ”rimelig tid”-vurderingen. Disse tre er alle nødvendige for at ”rimelig tid”-kravet skal være oppfylt, men blir foretatt på ulike tidspunkt i vurderingen. Man kan si at EMD hopper over gjerdet der det er lavest.

3.2 Generelle prinsipper for vurderingen

EMD kan statuere krenkelse for ”rimelig tid” kravet på tre separate grunnlag. Det er allikevel en konkret helhetsvurdering som foretas. I dette avsnittet følger de generelle prinsippene for denne vurderingen. Deretter behandles de spesielle betingelsene, rimelig mistanke (avsnitt 3.3), relevante og tilstrekkelige grunner (avsnitt 3.4), herunder også kravet til alternative midler (avsnitt 3.5) og kravet til sakens fremdrift (avsnitt 3.6).

Det er ikke mulig å utlede en generell tidsfrist for når varetektsfengslingen slutter å være rimelig⁶⁹. Det skal foretas en konkret vurdering av den enkelte varetektsperiode ut ifra de spesielle forholdene i saken. Dette har blitt slått fast i et stort antall dommer⁷⁰, blant annet i storkammeravgjørelsen *Idalov mot Russland* fra 2012 hvor domstolen uttalte at: *“Under the Court’s case-law, the issue of whether a period of detention is reasonable cannot be assessed in abstracto. Whether it is reasonable for an accused to remain in detention must be assessed in each case according to its special features”*⁷¹.

I denne vurderingen skal de offentlige interessene for varetektsfengslingen veies mot hensynet til individets frihet. Fengslingen er kun akseptert dersom de offentlige interessene veier tyngre

⁶⁸ Ibid

⁶⁹ Se *W. mot Sveits* (1993), para 30

⁷⁰ Se blant annet *Labita mot Italia* (2000), para 152, *Kudla mot Polen* (2000), para 110 og *McKay mot Storbritannia* (2006), para 45

⁷¹ Jf. *Idalov mot Russland* (2012), para 139

enn hensynet til individets frihet, uskyldspresumsjonen tatt i betraktning. Avveiningen ble formulert slik i dommen Wemhoff mot Tyskland:

“Article 5 (art. 5), which begins with an affirmation of the right of everyone to liberty and security of person, goes on to specify the situations and conditions in which derogations from this principle may be made, in particular with a view to the maintenance of public order, which requires that offences shall be punished. It is thus mainly in the light of the fact of the detention of the person being prosecuted that national courts, possibly followed by the European Court, must determine whether the time that has elapsed, for whatever reason, before judgment is passed on the accused has at some stage exceeded a reasonable limit, that is to say imposed a greater sacrifice than could, in the circumstances of the case, reasonably be expected of a person presumed to be innocent⁷².”

Dommen ble avsagt i 1968, og gir en anvisning på den balansevurderingen som skal gjøres. Denne avveiningen av har blitt gjentatt i en rekke dommer siden det og har fått en mer generell formulering som nå lyder⁷³.

“Continued detention can be justified in a given case only if there are actual indications of a genuine requirement of public interest which, notwithstanding the presumption of innocence, outweighs the rule of respect for individual liberty laid down in Article 5 of the Convention”.

Det er dermed en konkret helhetsvurdering som skal gjøres. Det er samfunnets behov for å holde personen varetektsfengslet, herunder hensynet til rettshåndhevelsen, som skal veies opp mot hensynet til individets frihet. Vurderingen skal gjøres med tanke på uskyldspresumsjonen⁷⁴. Uskyldspresumsjonen er et grunnleggende prinsipp for en rettferdig rettergang⁷⁵, og EMD poengterer i nær sagt alle sine dommer at vurderingen skal skje med bakgrunn i denne presumsjonen⁷⁶.

⁷² Jf. Wemhoff mot Tyskland (1968), para 5

⁷³ Se blant annet Idalov mot Russland (2012), para 139

⁷⁴ Jf. Rec(2006)13, para 3(1)

⁷⁵ Jf. EMK artikkel 6 nr. 2

⁷⁶ Se blant annet Labita mot Italia (2000), para 152, Kudla mot Polen (2000), para 110 og McKay mot Storbritannia (2006), para 45

Det er de nasjonale myndigheter som har bevisbyrden for at det foreligger sterke nok grunner til å frihetsberøve individet. Hvis det ikke kan bevises at det foreligger tilstrekkelig tungtveiende hensyn for å begrunne varetektsfengslingen, må vedkommende løslates⁷⁷.

Det er først og fremst de nasjonale myndigheter som skal vurdere behovet for varetektsfengslingen. Ved vurderingen om ”rimelig tid”-kravet i artikkel 5 nr 3 er overholdt, bedømmer EMD den begrunnelsen som den nasjonale domstolen opprinnelig ga for fengslingen, typisk i en fengslingskjennelse. Dette illustreres i storkammerdommen McKay mot Storbritannia hvor domstolen uttalte at:

“The responsibility falls in the first place to the national judicial authorities to ensure that, in a given case, the pre-trial detention of an accused person does not exceed a reasonable time. To this they must, paying regard to the principle of innocence, examine all the facts arguing for or against the existence of the above-mentioned demand of public interest justifying a departure from the rule in Article 5 and must set them out in their decisions on the applications for the release. It is essentially on the basis of the reasons given in these decisions and of the established facts stated by the applicant in his appeals that the Court is called upon to decide whether or not there has been a violation of Article 5 §3⁷⁸.”

I tillegg til begrunnelsen i fengslingskjennelsene, som ble gitt av de nasjonale domstolene, ser EMD på tiltaltes anførsler. Dette er de anførslene for løslatelse som har blitt ført fra tiltaltes side for den nasjonale domstolen gjennom sakens gang. For at domstolen skal ta disse anførslene i betraktning, må de være etablert som sanne kjensgjerninger. Dette følger av dommene⁷⁹ McKay mot Storbritannia “*established facts*”⁸⁰ og Labita mot Italia i § 152 “*true facts*”⁸¹.

⁷⁷ Jf. Becciev mot Moldova (2005), para 53 og McKay mot Storbritannia (2006), para 41

⁷⁸ Jf. McKay mot Storbritannia (2006), para 43

⁷⁹ Se også Nart mot Tyrkia (2008), para 29 “*undisputed facts*”

⁸⁰ Jf. McKay mot Storbritannia (2006), para 43

⁸¹ Jf. Labita mot Italia (2000), para 152, se også Mansur mot Tyrkia (1995), para 52

“Rimelig tid” kravet i artikkel 5 nr. 3 oppstiller dermed i praksis, et krav om etterviselighet av en overbevisende begrunnelse i de nasjonale myndigheters fengslingskjennelser. Det vurderes om de grunner som ble gitt for varetektsfengslingen av de nasjonale myndighetene, er tilstrekkelige for å rettferdiggjøre frihetsberøvelsen etter artikkel 5 nr. 3. Det avgjørende er om hensynet til de offentlige interesser veier tyngre enn hensynet til individets frihet, og at dette var begrunnet på en betryggende måte i de aktuelle fengslingskjennelsene. I tillegg kreves det at de statlige myndighetene har behandlet saken med tilstrekkelig fremdrift.

3.3 Rimelig mistanke

Rimelig mistanke er en av de spesielle betingelsene for at ”rimelig tid”-kravet i artikkel 5 nr. 3 skal være oppfylt og er et absolutt minstevilkår for fengslingen. Dette følger av henvisningen til litra c i artikkel 5 nr. 3⁸².

Mistanken må bygges på objektive realistiske holdepunkter. Vilkåret forutsetter eksistensen av opplysninger, som vil være i stand til å overbevise en objektiv utenforstående om at vedkommende har, eller kan ha begått, en straffbar handling⁸³. EMD presiserer at beviskravet ved rimelig mistanke er lavere enn det som kreves ved domfellelse⁸⁴. Av EMDs praksis kan man utlede at domstolen ikke stiller strenge krav til mistankens styrke⁸⁵. Det stilles ikke i denne fasen de samme inngående og konkrete kravene til ”rimelig tid”-vurderingen som det gjør ved relevante og tilstrekkelige grunner og kravet til sakens fremdrift. Den rimelige mistanken må foreligge under hele perioden⁸⁶, men det er ikke et krav om at den må bli sterkere under sakens gang. En sterk mistanke vil kunne være et moment i helhetsvurderingen om ”rimelig tid”⁸⁷.

⁸² Jf. Artikkel 5 nr. 3 ”*detained in accordance with the provision of paragraph 1(c)*”

⁸³ Jf. Fox, Cambell og Hartley mot Storbritannia (1990), para 32, Labita mot Italia (2000), para 155 og Ereren mot Tyskland (2014), para 58

⁸⁴ Jf. K.-F. mot Tyskland (1997), para 57 og Ereren mot Tyskland (2014), para 59

⁸⁵ Jf. Labita mot Italia (2000), para 159 og K.-F. mot Tyskland (1997), para 56-59

⁸⁶ Jf. Ereren mot Tyskland (2014), para 59

⁸⁷ Jf. Kemmache mot Frankrike (1991), para 50 og Dereci mot Tyrkia (2005), para 38

Rimelig mistanke regnes å være tilstrekkelig som fengslingsgrunn i den innledende fasen av etterforskningen. Ved de helt korte frihetsberøvelsene er som regel mistanken alene tilstrekkelig, uten de supplerende fengslingsgrunnene⁸⁸. I den innledende perioden av varetektsfengslingen vil saken og situasjonen forøvrig ofte være uoversiktlig. Fengslingen kan ha vært foretatt raskt og det kan være usikkert hvilke tiltak som vil være nødvendige for å sikre etterforskningen. Forbrytelsens alvorlighet kan også virke inn på hvor strengt kravet til rimelig mistanke vil være⁸⁹. Etter hvert som etterforskningen tar form skjerpes også kravene til å holde personen fengslet. Staten er da forpliktet til å undersøke forholdene i saken og siktedes situasjon, og til å gi spesifikke grunner for å holde vedkommende fengslet⁹⁰.

Det er dermed først når varetekten har vart en viss tid at den virkelige testen kommer. Domstolen undersøker da de øvrige grunnene de nasjonale myndighetene ga for legitimeringen av varetektsfengslingen⁹¹. Det kan ikke oppstilles en fast tid for når den rimelige mistanken slutter å være tilstrekkelig som fengslingsgrunn. Hver sak må bedømmes konkret. Når en viss tid har gått, "*a certain lapse of time*"⁹², er de nasjonale statene forpliktet til å ta stilling til om det foreligger andre grunner som kan rettferdiggjøre den fortsatte fengslingen. Disse grunnene må da være "relevante og tilstrekkelige".

At den rimelige mistanken alene er tilstrekkelig i den innledende fasen er midlertidig ikke en absolutt regel. EMD har eksplisitt tatt avstand fra en slik automatisk legitimering av de korte fengslingsperiodene der det foreligger rimelig mistanke⁹³. Dette sies klart i storkammerdommen McKay mot Storbritannia⁹⁴, hvor domstolen uttalte at den enda ikke har vurdert de øvrige fengslingsvilkårene der varetektsperioden er i den innledende fasen. Det kunne midlertidig ikke være tvil om at den rettslige kontrollen om fengslingsgrunnene etter artikkel 5 nr. 3 også gjelder her på samme måte som senere i perioden. EMD tok her avstand

⁸⁸ Jf. Kjølbro (2010) s. 317

⁸⁹ Jf. Fox, Cambell og Hartley mot Storbritannia (1990), para 32, som gjaldt terror

⁹⁰ Jf. Garycki mot Polen (2007), para 46

⁹¹ Jf. Bykov mot Russland (2009), para 64

⁹² For eksempel Idalov mot Russland (2012), para 140

⁹³ Jf. Shishkov mot Bulgaria (2003), para 66

⁹⁴ Se også Shishkov mot Bulgaria (2003), para 66, Sarban mot Moldova (2005), para 95 og Idalov mot Russland, para 140 (2012), "*no matter how short*"

fra en automatisk fengsling på bakgrunn av rimelig mistanke og forbeholdt seg retten til å vurdere fengslingsgrunnene inngående også på et tidlig stadium. Dette kunne særlig tenkes i tilfeller hvor sakens karakter eller den frihetsberøvedes personlige forhold gjør fengslingen urimelig, selv om det foreligger rimelig mistanke⁹⁵. Dette kan for eksempel være i tilfeller der tiltaltes alder eller helse vil gjøre selv korte frihetsberøvelser urimelige.

3.4 "Relevante og tilstrekkelige" grunner

I den innledende fasen av etterforskningen vil den rimelig mistanken være tilstrekkelig for å varetektsfengsle etter konvensjonen. Etter at en viss tid har gått gjør EMD en mer inngående vurdering av de hensyn som anføres som begrunnelse for varetektsfengslingen. Det vurderes da om myndighetenes argumenter for fengslingen var "relevante og tilstrekkelige" ("*relevant and sufficient reasons*"⁹⁶). EMD stiller både et prosessuelt krav til at det skal foreligge en begrunnelse for fengslingen og et materielt krav til hvor overbevisende denne begrunnelsen skal være. Det er disse kravene som skal behandles i det følgende.

Konvensjonen inneholder ikke en oppregning av de hensyn som kan legitimere varetektsfengslingen. Det vil derfor bero på artikkel 5 og EMDs praksis om et bestemt hensyn kan begrunne frihetsberøvelsen⁹⁷. De fengslingsgrunnene som EMD har anerkjent i sin praksis er; fare for at tiltalte ikke vil møte for hovedforhandling, fare for at tiltalte vil forsøke å motvirke etterforskningen, fare for at tiltalte vil begå ny kriminalitet og fare for at den offentlige orden trues ved løslatelse av tiltalte⁹⁸.

Disse hensynene kan enten alternativt eller kumulativt hjemle varetektsfengslingen. Når EMD tar stilling til om fengslingen er i samsvar med artikkel 5 nr. 3, henvises det ofte til flere fengslingsgrunner samlet. Selv om disse ikke hver for seg anses som tilstrekkelige, kan de sammenlagt være nok til å begrunne fengslingen⁹⁹.

⁹⁵ Jf. McKay mot Storbritannia (2006) para 46

⁹⁶ Jf. Guide on article 5 (2012), para 146

⁹⁷ Kjølbrot(2010) s. 317

⁹⁸ Khordorskovkiy mot Russland (2011), para 185

⁹⁹ Jf. Toth mot Østerrike (1991), para 73, Khodorkovskiy mot Russland (2011), para 191 og Jebens(2004) s. 172

Det er nasjonalstatens begrunnelse for varetektsfengslingen som EMD prøver, i praksis vil dette bety at EMD krever etterviselighet i statenes fengslingskjennelser. Det skal fremgå i fengslingskjennelsene at myndighetene har anvendt relevante argumenter, og at disse argumentene er tilstrekkelige sterke for å sannsynliggjøre at minst ett av de ovenfor nevnte hensynene foreligger.

Det er mye som taler for å stille høye krav til begrunnelsene i statenes fengslingskjennelser. Blant annet hensynet til kontradiksjon. Utførlige fengslingskjennelser viser at partenes anførsler har blitt tatt i betraktning, og gir partene et grunnlag for å vurdere om de vil klage og få saken overprøvd¹⁰⁰. Høye krav til begrunnelsen av fengslingsvedtakene er med på å minske mulighetene for maktmisbruk og hindre vilkårlige fengslinger, og begrunnede fengslingskjennelser muliggjør en reell overprøving av fengslingsgrunnlaget. Dette har blant annet¹⁰¹ blitt slått fast i Brogan og andre mot Storbritannia hvor domstolen uttalte at:

”Judicial control of interferences by the executive with the individual’s right to liberty is an essential feature of the guarantee embodied in Article 5 para. 3, which is intended to minimise the risk of arbitrariness. Judicial control is implied by the rule of law,” one of the fundamental principles of a democratic society, which is expressly referred to in the Preamble to the Convention” and “from which the whole Convention draws its inspiration”¹⁰².

Det er det fengslingsgrunnlaget som ble gitt ved tidspunktet for den aktuelle fengslingen som skal vurderes. EMD prøver ikke varetektsfengslingen fritt slik som statene gjør, og bærer således preg av å være en overklageinstans med begrenset kompetanse. Statene kan dermed ikke komme med nye grunner for fengslingen når saken er oppe for EMD¹⁰³. Det foretas heller ingen egen eller ny bevisvurdering. EMD har slått fast at domstolen ikke kan sette seg i de nasjonale autoriteters sted og at det er de nasjonale myndighetene sin oppgave å undersøke om det finnes tilstrekkelige grunner for varetektsfengslingen¹⁰⁴.

¹⁰⁰ Jf. Becciev mot Moldova (2005), para 51

¹⁰¹ Se også Tase mot Romania (2008), para 41 og Suominen mot Finland (2003), para 37

¹⁰² Jf. Brogan og andre mot Storbritannia (1988), para 58

¹⁰³ Se blant annet Panchenko mot Russland (2005), para 104, Nikolov mot Bulgaria (2003), para 74 og Labita mot Italia (2000), para 152.

¹⁰⁴ Se Panchenko mot Russland (2005), para 104

En naturlig konsekvens av dette er at grunner og argumenter som det ikke finnes spor av i fengslingskjennelsene, tar heller ikke EMD med i vurderingen om fengslingen er innenfor de rammer artikkel 5 nr 3 tillater. Dette gjelder selv om det opprinnelig kunne ha vært tilstrekkelig grunnlag for fengslingen¹⁰⁵.

Argumentene i fengslingskjennelsene skal videre ikke være generelle eller abstrakte¹⁰⁶. Dette ble slått fast i dommen Neumeister mot Østerrike¹⁰⁷, som ble avsagt i 1968. Artikkel 5 nr. 3 krever at fengslingsgrunnene er underbygd med konkrete fakta, både i forhold til saken og i forhold til tiltalte¹⁰⁸. Aleksanyan mot Russland er illustrerende i forhold til det kravet EMD stiller til konkretiseringen av de ulike fengslingsgrunnene. Domstolen uttalte her at: «*Arguments for and against release must not be “general and abstract”, but contain reference to the specific facts and the applicant’s personal circumstances justifying his detention*»¹⁰⁹

Relevante argumenter vil være alle forhold hos den tiltalte som er egnet til å belyse om det foreligger tilstrekkelige grunner for fengsling¹¹⁰. Dette vil typisk være forhold som tiltaltes personlighet og moral, sosial og familiær situasjon, alder, helse og eiendeler. Tiltaltes oppførsel både før og etter arresten samt under etterforskningen og om personen tidligere har begått kriminalitet er også relevante momenter. Hvis den frihetsberøvede er under 18 år skjerpes kravene til varetekten ytterligere. EMD legger til grunn at varetektsfengsling av barn kun kan skje som siste utvei og at fengslingen skal være så kortvarig som mulig¹¹¹.

Andre relevante momenter vil være særtrekk ved selve saken¹¹². Blant annet tiltalens alvorlighet og hva slags kriminalitet tiltalen gjelder¹¹³. Sannsynligheten for at tiltalte blir dømt

¹⁰⁵ Se Labita mot Italia (2000), para 152 og Bykov mot Russland (2009), para 66

¹⁰⁶ Jf. Boicenco mot Moldova (2006), para 142 og Khudoyorov mot Russland (2005), para 173

¹⁰⁷ Jf. Neumeister mot Østerrike (1968), para 5

¹⁰⁸ Jf. Panchenko mot Russland (2005), para 107

¹⁰⁹ Jf. Aleksanyan mot Russland (2008), para 179

¹¹⁰ Jf. Rec(2006)13, para 9

¹¹¹ Jf. Selcuk mot Tyrkia (2006), para 36, Güveç mot Tyrkia (2010), para 109 og Nart mot Tyrkia (2008), para 31

¹¹² Jf. Rec(2006)13, para 9

skyldig¹¹⁴ og utsiktene for en lang fengselsstraff er også relevante momenter. Disse momentene er derimot ikke tilstrekkelig til å begrunne varetektsfengslingen alene. Dette har blitt slått fast i en rekke dommer¹¹⁵. EMD krever dermed en bred vurdering av fengslingsgrunnlaget, alle forhold som kan belyse om det foreligger tilstrekkelige grunner for fengslingen, eller ikke, skal regnes som relevante.

En naturlig konsekvens av dette er at der statlige myndigheter ikke har begrunnet fengslingen i det hele tatt, konstateres det brudd på artikkel 5 nr. 3¹¹⁶. Unntak her kan allikevel tenkes der grunnene er så klare at det ikke kreves særskilt begrunnelse¹¹⁷. EMD har i en rekke saker dømt for brudd der myndighetene har foretatt en summarisk bedømmelse av fengslingsgrunnlaget¹¹⁸. Illusterende er Becciev mot Moldova hvor det ble konstatert brudd på artikkel 5 nr. 3 fordi fengslingsgrunnene kun besto i en kort stereotypisk formulering, og fordi den samme formuleringen var gjentatt i alle kjennelsene om fortsatt fengsling¹¹⁹.

Om den nasjonale loven eller praksisen rundt loven, gjør forlengelsen av fengslingen mer eller mindre automatisk, vil dette prinsipielt være i strid med konvensjonen. I dommen Tase mot Romania var det besluttet forlengelse av fengslingen fem ganger. Det var brukt den samme formuleringen og ikke gitt detaljer for fengslingsgrunnene¹²⁰. EMD uttalte i denne forbindelse at: «*Quasi-automatic prolongation of detention contravenes the guarantees set forth in Article 5 § 3*»¹²¹. I slike tilfeller gjør EMD en relativt enkelt vurdering og konstaterer raskt brudd på artikkel 5 nr. 3¹²².

¹¹³ Jf. Chraidi mot Tyskland (2006), para 37

¹¹⁴ Jf. Kemmache mot Frankrike (1991), para 50 og Dereci mot Tyrkia (2005), para 38

¹¹⁵ Jf. Idalov mot Russland (2012), para 145 med videre henvisninger

¹¹⁶ Jf. Mansur mot Tyrkia (1995), para 55

¹¹⁷ Jf. Van der Tang mot Spania (1995), para 60

¹¹⁸ Jf. Tase mot Romania (2008), para 40

¹¹⁹ Jf. Becciev mot Moldova (2005), para 62

¹²⁰ Se også Mansur mot Tyrkia (1995), para 55

¹²¹ Jf. Tase mot Romania (2008), para 40

¹²² Se Kalashnikov mot Russland (2002), para 116-118 og Mansur mot Tyrkia (1995), para 55

I Ilijkov mot Bulgaria opererte den bulgarske loven med en presumsjon om at det forelå tilstrekkelige grunner for fengsling når personen var siktet for et forhold som kunne straffes med fengsel i minst 10 år. EMD uttalte i den forbindelse at “*Any system of mandatory detention on remand is per se incompatible with Article 5 nr. 3 of the Convention.*” Et rettssystem som oppstiller en omvendt bevisbyrde til tiltaltes ugunst er også prinsipielt i strid med artikkel 5 nr. 3¹²³. EMDs prøvelse av statenes fengslingsgrunnlag viser at domstolen ikke tar nevneverdig hensyn til statens praksis rundt varetektsfengslingen. Domstolen gjør en konkret vurdering om de hensyn nasjonale myndigheter har anført er i samsvar med ”rimelig tid”- kravet i artikkel 5 nr. 3.

I noen tilfeller konstaterer domstolen krenkelse der det ikke finnes overbevisende grunner til å holde personen fortsatt fengslet. I slike saker er det vanskelig å si konkret hva domstolen krever av de nasjonale domstolene for å oppfylle ”rimelig tid”-kravet. I andre saker finner ikke domstolen de grunnene som nasjonale myndigheter faktisk har bygd fengslingen på tilstrekkelige. I disse sakene kan det lettere utledes retningslinjer for statenes begrunnelses- og konkretiseringsplikt. Det er kanskje her medlemslandene best kan finne veiledning til hvilken linje de skal legge seg på for å være i samsvar med konvensjonens krav.

For at varetektsfengslingen skal være godtatt må fengslingen, som forklart over, være begrunnet i et av de hensynene som er godkjente i EMDs praksis. Disse er fluktfare, bevisforspillelsesfare, gjentakelsesfare og hensynet til offentlig orden. I tillegg har jeg valgt å ta med hensynet til beskyttelse av tiltalte, selv om dette kravet ikke regnes som et av de hensynene som gjennomgående er anerkjent i EMDs praksis¹²⁴. Det er disse fem fengslingsgrunnene som skal behandles i det følgende.

3.4.1 Fare for at siktede ikke vil møte til hovedforhandling (fluktfare)

Dette fengslingsgrunnlaget er eksplisitt omtalt i art 5 nr 1 bokstav c¹²⁵ og dreier seg om faren for at tiltalte ikke kommer til å møte til hovedforhandling, enten dette innebærer at

¹²³ Jf. Clooth mot Belgia (1991), para 44 og Labita mot Italia (2000), para 152

¹²⁴ Se 3.4.5 om dette

¹²⁵ Se Artikkel 5 nr. 1 litra c «*or fleeing after having done so*»

vedkommende forsøker å flykte eller å unndra seg forfølgningen på andre måter¹²⁶. Denne risikoen vil i det følgende bli omtalt som fluktfare¹²⁷.

Sannsynligheten for at vedkommende vil forsøke å flykte skal vurdere konkret ut fra forholdene ved saken og ved tiltalte. Alle opplysninger, enten de bekrefter at det finnes en tilstrekkelig stor risiko for flukt eller ikke vil være relevante i denne vurderingen¹²⁸.

EMD har i den forbindelse uttalt at «*The risk of absconding has to be assessed in light of the factors relating to the person's character, his morals, home, occupation, assets, family ties and all kinds of links with the country in which he is prosecuted*»¹²⁹.

Tiltaltes personlighet og moral.

Tiltaltes personlighet, moral og karaktertrekk vil være relevante momenter når det skal kartlegges om vedkommende faktisk vil komme til å ta den omkostningen det er å flykte fra straffeforfølgningen¹³⁰. I den sammenheng er det ikke tilstrekkelig å kun referere til tiltaltes personlighet. Det må vises til konkrete trekk ved personen og hans situasjon som kan sannsynliggjøre fluktfaren. Konvensjonen krever dermed at de nasjonale myndighetene foretar undersøkelser og redegjør for den tiltaltes personlige forhold. Panchenko mot Russland er illustrerende for hvilke krav EMD setter til konkretiseringen av risikoen for flukt. Domstolen uttalte her: «*The Court finally observes that the decisions extending from the applicant's detention on remand were stereotypically worded and in summary form. They did not describe in detail the applicant's personal situation beyond a mere reference to his "personality" and were not accompanied with any explanation as to what his personality actually was and why it made his detention necessary*».¹³¹ Denne begrunnelsen, som kun viste til tiltaltes "personlighet", ble ikke ansett som tilstrekkelig.

¹²⁶ Jf. Guide on article 5 (2012), para 152

¹²⁷ Jf. Kjølbro(2010) s. 318

¹²⁸ Jf. Panchenko mot Russland (2005), para 106

¹²⁹ Jf. W. mot Sveits (1993), para 33, Becciev mot Moldova (2005), para 58

¹³⁰ Jf. Becciev mot Moldova (2005), para 62 og Havre(2014) s. 116

¹³¹ Jf. Panchenko mot Russland (2005), para 106

I W. mot Sveits¹³² ble en varetektstid på over 4 år godtatt på grunn av fluktfare. I denne saken var fengslingen begrunnet blant annet i tiltaltes personlighet. Det var lagt vekt på at tiltalte var en person uten sosiale bånd, ikke hadde familie og var beskrevet som en typisk einstøing som ikke ville ha problemer med å leve i eksil utenfor Sveits. Han hadde også gitt uttrykk for at han ønsket å flytte til et annet land. EMD godtok dette som tilstrekkelig for å begrunne fluktfaren.

Tiltaltes personlighet og moral er relevant i vurderingen uansett om det taler for eller imot at det foreligger fluktfare¹³³. I Panchenko mot Russland ble det vist til at tiltalte hadde familie, positive referanser fra jobb og ikke hadde begått tidligere kriminalitet. Disse grunnene gjorde risikoen for at han ville komme til å flykte minimal¹³⁴.

Andre personlige forhold.

Andre momenter vil typisk være tiltaltes helse, alder¹³⁵ og andre personlige forhold som vil gjøre det mer eller mindre sannsynlig at personen vil forsøke å flykte. Neumeister mot Tyskland er et godt eksempel på at alle faktorer som kan belyse tiltaltes personlige forhold er relevante momenter i vurderingen. Fra tiltaltes side var det lagt fram en uttalelse fra den ledende dommeren i etterforskningen, hvor denne dommeren hadde skrevet at hans personlige mening var at det var svært usannsynlig at tiltalte kom til å flykte. De nasjonale myndighetene hadde ikke tatt med denne uttalelsen i vurderingen. EMD slo fast at: *“Such a statement from a judge who, in the course of the long investigation conducted since 1959, must have become well acquainted with the Applicant is certainly not without importance”*.¹³⁶ Denne uttalelsen måtte dermed regnes som et relevant moment og skulle ha vært vurdert i fengslingskjennelsen.

Tidligere erfaringer med tiltalte.

¹³² Jf. W. mot Sveits (1993), para 33

¹³³ Jf. Becciev mot Moldova (2005), para 62 hvor det ble henvist til *“the applicants good character”*

¹³⁴ Jf. Panchenko mot Russland (2005), para 106

¹³⁵ Jf. Nart mot Tyrkia (2008), para 34

¹³⁶ Jf. Neumeister mot Tyskland (1968), para 11

Tidligere erfaringer, både negative og positive, ved tiltalte vil være relevante. Tiltaltes tidligere handlinger kan sannsynliggjøre en vilje hos tiltalte til også i fremtiden forsøke å flykte for å unnslippe forfølgningen. Om tiltalte tidligere har forsøkt å flykte vil således være relevant. I Scott mot Spania var tiltalte allerede på flukt fra politiet. Da han ble lokalisert og arrestert, forsøkte han igjen å flykte og hadde i tillegg et forfalsket pass på seg¹³⁷. Dette ble ansett som tilstrekkelig for å begrunne varetektsfengslingen. Hvordan tiltalte har forholdt seg til tidligere varetektssurrogater og om han har forsøkt å flykte under tidligere løslatelser vil også være av betydning¹³⁸.

I Becciev mot Moldova hadde tiltalte reist til utlandet flere ganger under etterforskningen og alltid returnert til landet. I denne saken var det også av betydning at tiltalte oppført seg eksemplarisk under sakens gang¹³⁹. I Yuriy Yakovlev mot Russland var det ansett som et moment i tiltaltes favør at han ikke hadde forsøkt å flykte de åtte månedene han var på frifot før varetektsfengslingen, samt at han hadde innfunnet seg til alle rettsmøtene og samarbeidet med påtalemyndighetene¹⁴⁰. Hvis tiltalte samarbeider med politi og påtalemyndighet, vil dette tale i tiltaltes favør. Det vil da ikke vil være grunn til å tro noe annet enn at vedkommende vil fortsette å samarbeide. Om tiltalte tidligere har begått kriminalitet, vil være av betydning. Det samme vil fravær av et kriminelt rulleblad¹⁴¹.

Tilknytning til etterforskningsstedet og utlandet.

Tilknytning til etterforskningsstedet er alltid relevant når risikoen for flukt vurderes. EMD har gjentatte ganger fastslått at når fluktfaren skal vurderes må alle forhold som knytter vedkommende til etterforskningsstedet vurderes på lik linje med forhold som gjør det sannsynlig at personen vil flykte. Personens hjemsted, yrke, eiendeler, sosiale og familiære bånd og ellers alle forhold som knytter personen til landet er dermed relevante i denne

¹³⁷ Jf. Scott mot Spania (1996), para

¹³⁸ Jf. Letellier mot Frankrike (1991), para 41

¹³⁹ Becciev mot Moldova (2005), para 61, se også Bagiński mot Polen (2005), para 70, hvor det ble ansett som et relevant moment at siktede hadde forsøkt å flykte for deretter å holde seg skjult.

¹⁴⁰ Jf. Yuriy Yakovlev mot Russland (2010), para 72

¹⁴¹ Jf. Panchenko mot Russland (2005), para 106

vurderingen¹⁴². Hvis tiltalte velger å flykte, vil dette kunne bety at han må holde seg i skjul i en lengre periode eller flykte utenlands. Dette vil i praksis si at vedkommende vil måtte gi opp arbeid, sosiale og familiære bånd og eiendeler og starte på nytt et annet sted.

I Letellier mot Frankrike var tiltalte i saken mor til åtte, og noen av barna var fortsatt under hennes omsorg. I tillegg drev hun en forretning som var den eneste inntektskilden for familien. Myndighetene hadde oversett disse momentene. EMD slo fast at disse forholdene ville ha gjort det vanskelig for tiltalte å unndra seg forfølgningen og at disse opplysningene skulle ha vært vurdert¹⁴³. Fluktfaren kan ikke alene begrunnes i mangel på fast bopel eller familie i landet. I Sulaoja mot Estland besto fengslingskjennelsen i en kort standardisert formulering, hvor det var pekt på tiltalte ikke hadde fast bopel eller familie i landet. Dette ble ikke ansett som tilstrekkelig for å begrunne fluktfaren¹⁴⁴.

Forhold som knytter vedkommende til utlandet vil også være relevant. Tilknytning og midler i utlandet vil gjøre det enklere for personen å flykte og opprette et nytt liv for seg selv utenfor etterforskningslandet¹⁴⁵. I Matznetter mot Østerrike hadde tiltalte overført penger til utlandet og hadde en eiendom i Angola. Disse grunnene kunne, i alle fall i den innledende fasen av etterforskningen, begrunne fengslingen¹⁴⁶. I Barfuss mot Tsjekkia ble det ansett som relevant at tiltalte hadde stor gjeld i etterforskningslandet. Han hadde dermed noe mer å vinne på å flykte utenlands i tillegg til å slippe unna straff¹⁴⁷. I W. mot Sveits hadde tiltalte allerede skiftet sin bopel til utlandet og var innehaver av flere pass. Han hadde gitt uttrykk for at han ønsket å flytte til et annet land, foretok ofte utenlandsreiser og hadde betydelige ressurser i utlandet¹⁴⁸. Dette ble ansett som tilstrekkelig for å begrunne fluktfaren. I Clooth mot Belgia

¹⁴² Jf. Becciev mot Moldova (2005), para 58, Neumeister mot Østerrike (1968), para 10 og Panchenko mot Russland (2005), para 106

¹⁴³ Jf. Letellier mot Frankrike (1991), para 41

¹⁴⁴ Jf. Sulaoja mot Estland (2005), para 64

¹⁴⁵ Jf. Khodorkovskiy mot Russland (2011), para 192, hvor tiltalte hadde internasjonale forbindelser og eiendom i utlandet

¹⁴⁶ Jf. Matznetter mot Østerrike (1969), para 11. Disse grunnene ble ansett som relevante, men ikke tilstrekkelige for å begrunne hele perioden.

¹⁴⁷ Jf. Barfuss mot Tsjekkia (2000), para 69

¹⁴⁸ Jf. W. mot Sveits (1993), para 33

var tiltalte i saken blitt arrestert i Tyskland og måtte utleveres til Belgia, men utover dette var det ingen konkrete holdepunkter for at det forelå en risiko for at han kom til å forsøke å flykte. Dette ble ikke ansett som tilstrekkelig¹⁴⁹.

Tiltalens alvorlighet.

Tiltalens alvorlighet og lengden av den mulige straffen er relevante faktorer i vurderingen om det foreligger fluktfare. Desto mer alvorlig tiltalen er, jo mer har tiltalte å vinne på å unndra seg forfølgningen. Utsiktene til en langvarig fengselsstraff, kan være god motivasjon for å unndra seg forfølgningen¹⁵⁰. Tiltalens alvorlighet er midlertidig uten vekt om den ikke underbygges av andre konkrete fakta som også begrunner fluktfaren. EMD har gjentatte ganger slått fast at en alvorlig tiltalte ikke alene kan begrunne fengslingen¹⁵¹. At det er stor sannsynlighet for at tiltalte er skyldig er heller ikke alene tilstrekkelig for å begrunne varetekten¹⁵². Mistankens styrke er allikevel et relevant moment, da utsiktene for å bli dømt skyldig kan gjøre det mer attraktivt å flykte.

Hva slags kriminalitet tiltalen gjelder, er av også et moment av betydning. Bekjempelse av kriminalitet som har stort farepotensial mot eller som truer viktige rettigheter i konvensjonen, kan lettere legitimere et inngrep i den personlige friheten. Domstolen har anerkjent at statenes har en legitim interesse i å oppklare og straffe alvorlig kriminalitet¹⁵³. EMD har i sin praksis anerkjent at det er viktig for statene å bekjempe blant annet terrorisme, da terrorisme utgjør en alvorlig trussel mot de demokratiske samfunn¹⁵⁴. Domstolen har også vist forståelse for at statene går langt for å bekjempe organisert eller mafia-lignende kriminalitet og annen alvorlig kriminalitet på tvers av landegrensene¹⁵⁵. I dommen Chraidi mot Tyskland ble en varetektstid

¹⁴⁹ Jf. Clooth mot Belgia (1991), para 48

¹⁵⁰ Jf. Vrenčev mot Serbia (2008), para 76

¹⁵¹ Se Idalov mot Russland (2012), para 145, Garycki mot Polen (2007), para 47, Chraidi mot Tyskland (2006), para 40 og Ilijkov mot Bulgaria (2001), para 80-81

¹⁵² Jf. Dereci mot Tyrkia (2005), para 38

¹⁵³ Jf. Mangouras mot Spania (2010), para 57 og Chraidi mot Tyskland, para 37

¹⁵⁴ Jf. Kjølbrot (2010) s. 33 og Chraidi mot Tyskland (2006), para 37

¹⁵⁵ Jf. Jarzynski mot Polen (2005), para 40 og Chraidi mot Tyskland (2006), para 37

på 5 år og seks måneder godtatt¹⁵⁶. Tiltalen gjaldt her en alvorlig terrorhandling, en terrorbombing av et diskotek i Berlin hvor 3 døde og 104 ble alvorlig skadet. Tiltalte tilhørte et omfattende internasjonalt terrornettverk. Det ble i denne saken ansett som tilstrekkelig at tiltalte ikke hadde bolig eller sosiale bånd som knyttet han til landet, samt at han hadde blitt utlevert fra Libanon. EMD anerkjenner både at det er viktig for statene å bekjempe slik kriminalitet og at omfattende internasjonal kriminalitet byr på særlige utfordringer i forhold til selve etterforskningen, og at dette kan tas hensyn til når domstolen vurderer «rimelig tid»-kravet¹⁵⁷.

Fluktfaren er et hensyn som raskt minker i verdi. Det tiltalte har å vinne på å flykte minker nødvendigvis etter utholdt varetekt da han vil få varetektsfradrag ved en eventuell domfellelse. I Neumeister mot Østerrike ble det uttalt at: *“It should also be borne in mind that the danger of flight necessarily decreases as the time spent in detention passes by for the probability that the length of detention on remand will be deducted from the period of imprisonment which the person concerned may expect if convicted, is likely to make the prospect seem less awesome to him and reduce his temptation to flee”*¹⁵⁸. Dette vil i praksis bety at grunnene for varetektsfengslingen må være særlig sterke ved de lange varetektsfengslingene.

3.4.2 Fare for at tiltalte vil forsøke å motvirke etterforskningen (bevisforspillelsesfare)

I motsetning til fluktfare og gjentakelsesfare, er ikke risikoen for motvirkningen av etterforskningen nevnt som særlig fengslingsgrunn i konvensjonen. Det er midlertidig fastslått i EMDs praksis at risikoen for at siktede skal ”*prejudice the administration of justice*”¹⁵⁹ er en relevant fengslingsgrunn. Dette er risikoen for at den tiltalte, hvis løslatt, vil forsøke å motvirke etterforskningen enten ved å ødelegge bevis eller spor, påvirke vitner eller samkjøre

¹⁵⁶ Jf. Chraidi mot Tyskland (2006), para 37-41

¹⁵⁷ Jf. Ereren mot Tyskland (2014), para 60

¹⁵⁸ Jf. Neumeister mot Østerrike (1968), para 10

¹⁵⁹ Jf. Khodorkovskiy mot Russland (2011), para 184

vitneforklaringen med andre medskyldige. Denne vil i det følgende bli omtalt som bevisforspillelsesfare¹⁶⁰

Risikoen må her som de andre fengslingsgrunnene være bygd på faktiske omstendigheter og ikke generelle og abstrakte grunner¹⁶¹. Dette må vurderes ut ifra forhold som tiltaltes oppførsel før og etter arrestasjonen, samt under etterforskningen¹⁶², tiltaltes kriminelle fortid, hans personlighet og andre personlige forhold som alder, helse, bo- og jobbsituasjon, familie- og sosialt liv¹⁶³. Alle opplysninger, enten de styrker mistanken om at tiltalte vil forsøke å forspille bevis eller ikke, vil være relevante.

Tidligere erfaringer med tiltalte og tiltaltes oppførsel under saken.

Tidligere erfaringer med tiltalte vil være relevant. Hvis personen tidligere har utvist en vilje og evne til å forspille bevis, vil dette kunne sannsynliggjøre at det også foreligger en fremtidig risiko. I W. mot Sveits ble en fengsling på fire år og tre dager godtatt på grunn av bevisforspillelsesfare. Fengslingskjennelsene refererte til «*the personality of the applicant*»¹⁶⁴. Dette ble videre begrunnet ut ifra at tiltalte både før og etter arresten systematisk hadde slettet bevis. Han hadde også i en tidligere sak forfalsket bevis som skulle bevise hans uskyld, antedatert dokumenter og manipulert vitner. EMD la til grunn at de nasjonale domstoler hadde et tilstrekkelig faktisk grunnlag for risikoen.

Tiltaltes oppførsel før og etter arresten og særlig om vedkommende forsøker å ødelegge bevis når han blir løslatt fra varetekten, vil dermed være sterke argumenter i vurderingen. I I.A. mot Frankrike var det forsøkt innbrudd i tiltaltes leilighet med sikte på å ødelegge bevis¹⁶⁵. Dette var ansett som et relevant moment. Hvis den personen derimot etter å ha blitt avhørt av politiet har blitt løslatt i en lengre tid uten å forsøke å motvirke etterforskningen, vil det være

¹⁶⁰ Jf. Kjølbros (2010) s. 318

¹⁶¹ Jf. Becciev mot Moldova (2005), para 59

¹⁶² Jf. W. mot Sveits (1993), para 22 og 36

¹⁶³ Jf. Kislitsa mot Russland (2012), para 39

¹⁶⁴ Jf. W. mot Sveits (1993), para 36

¹⁶⁵ Jf. I.A. mot Frankrike (1998), para 110, dette ble allikevel ikke ansett som tilstrekkelig da de sentrale bevisene i saken allerede var innhentet.

et sterkt argument for at det ikke foreligger risiko for bevisforspillelse¹⁶⁶. I Yuriy Yakovlev mot Russland var det faktum at tiltalte hadde samarbeidet med påtalemyndighetene før arresten samt oppført seg upåklagelig under etterforskningen et moment av betydning¹⁶⁷.

I Yudayev mot Russland ble en ett års varetekt godtatt av EMD. Tiltalen gjaldt svindel, og påtalemyndighetene hadde grunn til å tro at tiltalte hadde gjemt unna forfalskede stempler som var anvendt som ledd i svindlingen¹⁶⁸. Tiltalte hadde i tillegg oppfordret medtiltalte i saken til å flykte. Dette gjorde at EMD fant at: *“the domestic courts cited specific facts in support of their conclusion that the applicant might interfere with the proceedings. The Court concludes that the applicant’s behaviour as described in the decisions of the domestic courts justified his detention”*¹⁶⁹. Tiltaltes oppførsel og handlinger i forbindelse med etterforskningen ble derfor ansett som tilstrekkelige for å begrunne en fengsling i samsvar med artikkel 5 nr. 3.

Tiltalens alvor.

Tiltalens alvor¹⁷⁰, hva slags kriminalitet det er snakk om¹⁷¹ og mistankens styrke er også relevante momenter i denne vurderingen, men kan heller ikke her begrunne fengslingen alene¹⁷².

Fravær av en tilståelse i saken kan aldri anses som et relevant moment i vurderingen om det foreligger risiko for motvirkning av etterforskningen. Dette ble slått fast i dommen Garycki mot Polen, hvor det faktum at tiltalte ikke hadde tilstått var en av de bærende grunnene i de polske fengslingskjennelsene. EMD avfeide dette og uttalte videre at: *“the domestic courts appear to have drawn adverse inferences from the fact that the applicant had not confessed, the Court considers that their reasoning showed a manifest disregard for the principle of the*

¹⁶⁶ Jf. Ringeisen mot Østerrike (1971), para 106

¹⁶⁷ Jf. Yuriy Yakovlev mot Russland (2010), para 76

¹⁶⁸ Jf. Yudayev mot Russland (2009), para 70

¹⁶⁹ Ibid, para 71

¹⁷⁰ Jf. Jarzynski mot Polen (2005), para 30

¹⁷¹ Jf. Rażniak mot Polen (2008), para 31

¹⁷² Jf. Idalov mot Russland (2012), para 145

presumption of innocence and cannot, in any circumstances, be relied on as a legitimate ground for deprivation of the applicant's liberty."¹⁷³ Det forhold at tiltalte nekter å forklare seg, kan heller ikke begrunne risiko for motvirkning av etterforskningen. Tiltalte plikter ikke å samarbeide med politiet og har også en rett til å forbeholde seg taus. Å bygge fengslingskjennelsene på slike momenter, vil være å sette til side grunnleggende prinsipper som uskyldsprinsippet og selvinkrimineringsprinsippet¹⁷⁴.

Særlig om påvirkning av vitner.

Når det gjelder risiko for påvirkning vitner har det betydning hva slags relasjon siktede har til vitnene i saken¹⁷⁵. Det kan særlig være der vitnene står i et avhengighetsforhold eller har en nær relasjon til siktede at det er større grunn til å tro at vitnene vil kunne komme til å la seg påvirke eller samarbeide med tiltalte. Det samme er tilfelle om vitnene er i en sårbar posisjon eller av andre grunner er særlig utsatt for press¹⁷⁶. I W mot Sveits var siktede arbeidsgiver til mange av de sentrale vitnene i saken og det var grunn til å tro at han ville bruke sin innflytelse som arbeidsgiver til å påvirke vitnene og samkjøre vitneforklaringene¹⁷⁷. Tiltalte står i slike saker i en bedre posisjon til å påvirke vitnene og den faktiske muligheten for bevisforspillelse er større. I Raźniak mot Polen ble en fengsling på to år og ni måneder godtatt. I denne saken var tiltalte leder av en kriminell gruppe og hadde nære bånd til mange av medlemmene, noen av disse var etterlyst eller medtiltalte i saken¹⁷⁸. Det var derfor grunn til å tro at siktede ville forsøke å samkjøre vitneforklaringene. I disse sakene hadde vedkommende en faktisk mulighet til å påvirke vitnene, både ved at det var lett å komme i kontakt med vitnene og ved at det var grunn til å tro at vitnene ville komme til å samarbeide eller bukke under for press.

¹⁷³ Jf. Garycki mot Polen (2007), para 48

¹⁷⁴ Jf. Leszczak mot Polen (2006), para 42

¹⁷⁵ Jf. Aleksandr Makarov mot Russland (2009), para 130, hvor det var relevant at vitnene i saken tidligere hadde vært tiltaltes ansatte.

¹⁷⁶ Jf. Dudek mot Polen (2006), para 37

¹⁷⁷ Se W. mot Sveits (1993), para 36

¹⁷⁸ Jf. Raźniak mot Polen (2008), para 31

Når det gjelder de opplysningene som myndighetene bygger risikoen for bevisforspillelse på, er det et krav om at disse må være etterviselige¹⁷⁹. Det kreves dermed at de nasjonale myndighetene foretar undersøkelser om sannheten til slike fakta¹⁸⁰. I Aleksandr Makarov mot Russland bygde påtalemyndigheten risikoen for bevisforspillelsesfare på påstander fra vitnene om at tiltalte hadde forsøkt å påvirke vitnene og deres familier ved trusler. Disse påstandene var ikke undersøkt nærmere og heller ikke gjort rede for i fengslingskjennelsen, og det var derfor ikke mulig for EMD å vurdere om det forelå en tilstrekkelig risiko for fengslingen¹⁸¹. I Yuriy Yakovlev mot Russland ble en varetekt på over to år ansett å være i strid med artikkel 5 nr. 3. I denne saken hadde de nasjonale myndigheter begrunnet fengslingen med informasjon som de hadde fått fra den russiske sikkerhetstjenesten, uten å undersøke disse opplysningene nærmere. Informasjonen gjaldt påståtte planer tiltalte hadde om å forsøke å påvirke vitner. Domstolen uttalte i denne forbindelse at: *“The Court cannot however overlook the fact that the information from the FSB officials was not supported by any evidence (statements by witnesses allegedly approached by the applicant or his acquaintances, records of official inquiries, and so on)”*¹⁸². Domstolen slo fast at slike opplysninger kan anses som tilstrekkelig i en innledende fase, eller i alle fall til påtalemyndigheten har fått verifisert opplysningene og påpekte videre at: *“however, with the passage of time the mere availability of the statement, without any evidence to support its veracity, inevitably became less and less relevant”*.

Bevisforspillelsesfare er en fengslingsgrunn som også raskt minker i verdi¹⁸³. Dette har sammenheng med hensynet bak denne fengslingsgrunnen, som er å sikre en betryggende etterforskning. I etterforskningen vil den innledende fasen bestå i å innhente informasjon, og når politiet har hentet inn den informasjonen de trenger, vil det ikke lenger være et behov for å holde tiltalte fengslet. EMD presiserer flere ganger at risikoen faller bort når bevisene er sikret¹⁸⁴. I Letellier mot Frankrike aksepterte EMD at det forelå en tilstrekkelig risiko for at

¹⁷⁹ Jf. Veliyev mot Russland (2010), para 151, hvor det sies at: *«it did not merely suffice to refer to an abstract risk unsupported by any evidence»*

¹⁸⁰ Jf. Yuriy Yakovlev mot Russland (2010), para 77

¹⁸¹ Jf. Aleksandr Makarov mot Russland (2009), para 131 og 132

¹⁸² Jf. Yuriy Yakovlev mot Russland (2010), para 76

¹⁸³ Jf. I.A. mot Frankrike (1998), para 109 og W. mot Sveits (1993), para 35

¹⁸⁴ Jf. Aleksandr Makarov mot Russland (2009), para 133 og Yuriy Yakovlev mot Russland (2010), para 74: hvor det slås fast: *“However, after the evidence has been collected, that ground becomes irrelevant”*

siktete ville påvirke vitner i begynnelsen av etterforskningen, men at denne ikke var sterk nok etter at det var blitt foretatt gjentatte avhør av vitnene. Bevisene måtte da anses som sikret¹⁸⁵. I saker der det er foretatt vitneavhør med sentrale vitner skal det mye til for å begrunne risiko for påvirkning av vitner¹⁸⁶. EMD anerkjenner som utgangspunkt ikke påvirkning av vitner eller samkjøring av vitneprov som begrunnelse for frihetsberøvelsen, etter det tidspunkt hvor etterforskningen er avsluttet¹⁸⁷.

Dette har en side mot påtalemyndighetens plikt til å sikre bevis og å forberede saken før dom¹⁸⁸. I store kompliserte saker vil EMD godta at det vil være tidkrevende å innhente de nødvendige bevisene i saken¹⁸⁹. Dette gjelder særlig der tiltalen gjelder organisert eller grenseoverskridende kriminalitet, terrorvirksomhet eller komplisert økonomisk kriminalitet. Domstolen godtar midlertidig ikke statens anførsler uten å ta en selvstendig vurdering av om kriminaliteten kan kalles kompleks. EMD ser på innholdet i tiltalen når de vurderer sakens kompleksitet. I Garycki mot Polen ble det anført at tiltalen gjaldt mange forhold og kriminaliteten var begått av mange medskyldige, som grunn for at det tok tid å innhente bevisene. EMD tok ikke dette til følge og viste til at tiltalen ikke gjaldt organisert kriminalitet¹⁹⁰.

Av de samme grunnene som nevnt over vil EMD ikke kreve sterke grunner for at det foreligger fare for motvirkning av etterforskningen i en innledende fase¹⁹¹. I dommen Jarzynski mot Polen aksepterte EMD en presumsjon for at det forelå bevisforspillelsesrisiko når siktete står ovenfor en alvorlig tiltale. EMD slo fast at en slik generelt formulert risiko for bevisforspillelse basert på tiltalens alvorlighet kunne aksepteres i en innledende fase av etterforskningen, men når det ikke kunne vises til andre faktorer som kunne underbygge

¹⁸⁵ Jf. Letellier mot Frankrike (1991), para 38

¹⁸⁶ Jf. Clooth mot Belgia (1991), para 44

¹⁸⁷ Jf. Muller mot Frankrike (1997), para 79, Csáky mot Ungarn (2006), para 36 og Aleksandr Makarov mot Russland (2009), para 133

¹⁸⁸ Se kapittel 4.6

¹⁸⁹ Jf. Jarzynski mot Polen (2005), para 40 og Clooth mot Belgia (1991), para 41-43

¹⁹⁰ Jf. Garycki mot Polen (2007), para 50, se også Celejewski mot Polen (2006), para 37

¹⁹¹ Jf. Letellier mot Frankrike (1991), para 38, Muller mot Frankrike (1997), para 43 og Kalashnikov mot Russland (2002), para 117 og 118

påstanden om bevisforspillelsesfaren, kunne allikevel ikke fengslingen anses som tilstrekkelig begrunnet for hele perioden¹⁹².

3.4.3 Gjentagelsesfare

Gjentagelsesfaren er nevnt som en av fengslingsgrunnene i artikkel 5 nr. 1, bokstav c¹⁹³. For at fengslingen skal være godtatt etter denne, må formålet med fengslingen være å hindre at det begås nye brudd, og det må være god grunn for å tro at personen kommer til å begå nye brudd¹⁹⁴. EMD stiller her strenge krav til sannsynligheten for at tiltalte kommer til å begå nye brudd. Det er viktig å huske på at preventiv fengsling i utgangspunktet ikke er tillatt.

Det må være snakk om å forhindre en spesifikk forbrytelse¹⁹⁵. Dette følger av ordlyden ”an offence” i artikkel 5 bokstav c. EMD har eksplisitt uttalt at denne fengslingsgrunnen ikke skal gi hjemmel til generell forebygging av kriminalitet, verken i forhold til individer eller særlig utsatte grupper¹⁹⁶. Også her må de nasjonale myndighetene konkret begrunne, hvorfor det anses å foreligge en risiko for gjentagelse¹⁹⁷. Momenter ved denne vurderingen vil typisk være tiltaltes kriminelle fortid¹⁹⁸, tiltaltes personlighet, livssituasjon, tidligere adferd og sakens omstendigheter ellers¹⁹⁹.

Tiltaltes personlighet og livssituasjon vil være relevante momenter i denne sammenheng. I dommen Matznetter mot Østerrike gjorde EMD en inngående vurdering av tiltaltes kriminelle fortid og personlighetstrekk. Tiltalte hadde i denne saken drevet med sine ulovlige aktiviteter i en lang tid og han hadde utført de kriminelle handlingene på en utspekulert måte. Tiltalte hadde lang erfaring, og hadde tilegnet seg kunnskaper og egenskaper som ville gjøre det lett å

¹⁹² Jf. Jarzynski mot Polen (2005), para 43

¹⁹³ Jf. Artikkel 5 nr. 1 bokstav c: “*when it is reasonably considered necessary to prevent his committing an offence*”

¹⁹⁴ Jf. Clooth mot Belgia (1991), para 40

¹⁹⁵ Jf. Haidn mot Tyskland (2011), para 76 og Guzzardi mot Italia(1980), para 102

¹⁹⁶ Jf. Haidn mot Tyskland (2011), para 76

¹⁹⁷ Jf. Stögmüller mot Østerrike (1969), para 14 og Yuriy Yakovlev mot Russland (2010), para 81

¹⁹⁸ Jf. Selcuk mot Tyrkia (2006), para 34 og Matznetter mot Østerrike (1969), para 9

¹⁹⁹ Jf. Clooth mot Belgia (1991), para 40 og Veliyev mot Russland (2010), para 155

ta opp igjen de kriminelle handlingene. Dette ble ansett som tilstrekkelig for fengslingen²⁰⁰. I Clooth mot Belgia var det faktum at tiltalte var psykisk ustabil, ansett som et relevant, men ikke et tilstrekkelig argument for at han kunne komme til å begå ny kriminalitet²⁰¹. Tiltaltes livssituasjon er et relevant moment, men i Sulaoja mot Estland ble gjentakelsesfaren alene begrunnet med at tiltalte verken hadde familie eller jobb. Dette ble ikke ansett som tilstrekkelig. EMD uttalte at det faktum at tiltalte ikke var kapabel til å forsørge seg selv, ikke var ensbetydende med at han kom til å begå ny kriminalitet²⁰².

Om tiltalte tidligere har begått kriminalitet vil være av betydning. Det er midlertidig ikke alene tilstrekkelig at tiltalte tidligere er straffet uten å henvise til andre spesifikke grunner²⁰³. I denne sammenheng vil det være av betydning om kriminaliteten er nær i tid²⁰⁴. Der er særlig der kriminaliteten er begått over en lang tidsperiode²⁰⁵, eller der vedkommende kan anses som yrkeskriminell at risikoen kan tenkes tilstrekkelig. Hvis en person siktes for en type forbrytelse, og etterfølgende begår nye lovovertridelser av samme slag, kan dette begrunne gjentakelsesrisiko²⁰⁶. I Assenov m. fl. mot Bulgaria ble det ansett som relevant at tiltalte jevnlig hadde begått alvorlig vinningskriminalitet, det seneste lovbruddet var begått kun tre dager før arresten²⁰⁷. Tiltaltes mangel på en kriminell fortid kan derimot være et moment i tiltaltes favør. I dommen Selçuk mot Tyrkia pekte EMD på at det faktum at tiltalte ikke hadde begått tidligere kriminalitet, måtte være et argument for at det ikke forelå risiko for at han ville komme til å begå nye brudd, og at dette skulle ha blitt vurdert i fengslingskjennelsene²⁰⁸.

Alvorligheten av den kriminaliteten som eventuelt kommer til å bli gjentatt er et moment i vurderingen²⁰⁹. I dommen Matznetter mot Østerrike, som gjaldt svindel, hadde ofrene for

²⁰⁰ Jf. Matznetter mot Tyskland (1969), para 9

²⁰¹ Jf. Clooth mot Belgia (1991), para 39

²⁰² Jf. Sulaoja mot Estland (2005), para 64

²⁰³ Jf. Muller mot Frankrike (1997), para 44 og Clooth mot Belgia (1991), para 40

²⁰⁴ Jf. Stögmüller mot Østerrike (1969), para 14 og Assenov m. fl. mot Bulgaria (1998), para 156

²⁰⁵ Jf. Matznetter mot Tyskland (1969), para 9

²⁰⁶ Jf. Assenov m. fl. mot Bulgaria (1998), para 156

²⁰⁷ Ibid

²⁰⁸ Jf. Selçuk mot Tyrkia (2006) para 34, se også Toth mot Østerrike (1991), para 70

²⁰⁹ Jf. Guide on article 5 (2012), para 162 og Clooth mot Belgia (1991), para 40

svindelen blitt påført store tap. Domstolen uttalte her at: *“A judge may reasonably take into account the seriousness of the consequences of criminal offences when there is a question of taking into account the danger of seeing such offences being repeated, in order to decide if the person can be released in spite of the possible existence of such danger”*²¹⁰.

3.4.4 Risiko for forstyrrelse av den offentlige orden

Hensynet til offentlig orden (public order) som fengslingsgrunn er ikke eksplisitt hjemlet i artikkel 5. Det er midlertidig godtatt av EMD at noen kriminelle handlinger kan fremkalle en reaksjon hos allmennheten som kan begrunne varetektsfengslingen²¹¹. Dette blir bare godtatt av EMD i eksepsjonelle tilfeller, og domstolen setter kravene til denne fengslingsgrunnen høyere enn ved de andre fengslingsgrunnene²¹². Det er i tillegg et krav om at det er anerkjent i den nasjonale loven at visse forbrytelser kan føre til en forstyrrelse av offentlig orden²¹³

I dommen Letellier mot Frankrike aksepterte EMD at hensynet til offentlig orden som fengslingsgrunn. Dommen er fra 1991 og har blitt stående i EMDs praksis. Domstolen uttalte at: *“The Court accepts that, by reason of their particular gravity and public reaction to them, certain offences may give rise to a social disturbance capable of justifying pre-trial detention, at least for a time. In exceptional circumstances this factor may therefore be taken into account for the purposes of the Convention.”*²¹⁴

Risikoen for at løslatelsen vil virke støtende på allmennheten, må som de andre fengslingsgrunnene være underbygd med relevante og tilstrekkelige argumenter²¹⁵. Hensynet til offentlig orden kun godkjent som fengslingsgrunn om den er basert på omstendigheter som beviser at tiltaltes løslatelse faktisk hadde virket støtende på allmennheten²¹⁶. Dette må

²¹⁰ Jf. Matznetter mot Østerrike (1969), para 9

²¹¹ Jf. I.A. mot Frankrike (1998), para 104

²¹² Jf. Letellier mot Frankrike (1991), para 51, fengslingen er kun godtatt i ”exceptional circumstances”

²¹³ Jf. I.A. mot Frankrike (1998), para 104

²¹⁴ Jf. Letellier mot Frankrike (1991), para 51

²¹⁵ Jf. I.A. mot Frankrike, (1998), para 104

²¹⁶ Jf. Letellier mot Frankrike (1991), para 51 og Riccardi mot Romania (2012), para 76

vrderes på bakgrunn av forbrytelsens alvorlighet, forbrytelsens karakter, samt tiltaltes oppførsel i forbindelse med saken.

I vurderingen om hensynet til offentlig orden skal anses som tilstrekkelig eller ikke legger EMD særlig vekt på handlingens alvorlighet. Det skal være snakk om kriminalitet som er av en viss alvorlighet for at hensynet til offentlig orden skal kunne være tilstrekkelig for fengslingen²¹⁷. Dette har sammenheng med at det kun er visse typer alvorlig kriminalitet som er egnet til å virke støtende på allmennheten.

I I.A. mot Frankrike hadde de nasjonale domstolene henvist til tiltalens alvorlighet, forbrytelsen natur og måten forbrytelsen var begått. Det var her snakk om en alvorlig drapssak. I tillegg var det vist til reaksjonene fra offerets familie. Disse argumentene ble ansett som relevante, men var ikke tilstrekkelig sterke for å sannsynliggjøre at løslatelsen ville virke støtende på allmennheten²¹⁸. I Tomasi mot Frankrike var det også henvist til tiltalens alvorlighet. Tiltalen gjaldt et terrorangrep mot et av Fremmedlegionens lokaler, og angrepet hadde senere blitt påtatt av en terrororganisasjon som oppfordret til væpnet krig. Disse grunnene kunne i en innledende fase begrunne fengslingen, men ble ikke ansett å være tilstrekkelige for hele perioden²¹⁹

Tiltalens alvorlighet kan her heller ikke alene begrunne fengslingen²²⁰. I de sakene som EMD har funnet risikoen utilstrekkelig begrunnet, har fengslingen som regel blitt begrunnet i en alvorlig tiltale, og videre ingen konkrete fakta til å underbygge påstanden om at løslatelse av tiltalte faktisk hadde virket støtende på allmennheten²²¹. Om tiltalte i saken har tilstått vil også være et moment i vurderingen²²². Det er særlig der det er snakk om en særlig alvorlig

²¹⁷ Jf. Aleksandr Makarov mot Russland (2009), para 136 “*by reason of their particular gravity and public reaction to them, certain offences may give rise to a social disturbance capable of justifying pre-trial detention*”

²¹⁸ Jf. I.A. mot Frankrike (1998), para 104

²¹⁹ Jf. Tomasi mot Frankrike (1992), para 91

²²⁰ Jf. Riccardi mot Romania (2012), para 74

²²¹ Jf. J.M. mot Danmark (2012), para 62, Letellier mot Frankrike (1991), para 51, Riccardi mot Romania (2012), para 76 og Tiron mot Romania (2009), para 42

²²² Jf. J.M. mot Danmark (2012), para 62

forbrytelse og det er klart hvem som har begått den, at løslatelse vil kunne skape uro hos allmennheten²²³. Det er et viktig hensyn at allmennheten har tillit til rettshåndhevelsesapparatet. Fengslingen kan midlertidig ikke anvendes til å la tiltalte sone den straffen det forventes at han vil få²²⁴.

I J.M. mot Danmark ble en varetektsfengsling på et år og fire måneder godtatt. I denne saken var det konkret redegjort for hvordan akkurat dette tilfelle kom til å virke støtende på allmennheten. Saken var spesiell da det den gjaldt voldtekt og overlagt drap på en 65 år gammel kvinne. Grunnen til at varetektsfengslingen dro ut var at det var vanskelig å kartlegge tiltaltes psykiske helse. De danske myndighetene antok at det ville virke støtende på allmennheten å løslate vedkommende i påvente av den psykiatriske rapporten. EMD godtok dette og uttalte at: *"In the present case the domestic courts relied not only on the gravity of the charge against the applicant, but also on the public reaction. More concretely they found that it would have offended the public sense of justice if the applicant, who had been charged with rape and homicide of an eighty-five year-old lady, had been released pending completion of the mental status examinations. The more so, because the applicant from the beginning had admitted to the crime committed"*²²⁵. I denne saken var det også av betydning at avgjørelsen om fortsatt fengsling jevnlig hadde blitt tatt opp til ny vurdering for å undersøke om vilkårene for fengslingen fortsatt var til stede²²⁶.

Vilkåret om at den offentlig orden faktisk er truet må være oppfylt i hele fengslingsperioden. Ofte roer situasjonen seg etter en stund, da er påtalemyndighetene forpliktet til å ta saken opp til ny vurdering og eventuelt løslate tiltalte²²⁷. Det er dermed en naturlig konsekvens at hensynet til offentlig orden minker i verdi over tid.

²²³ Ibid

²²⁴ Jf. I.A. mot Frankrike (1998), para 104 og Prencipe mot Monakko (2009), para 79

²²⁵ Jf. J.M. mot Danmark (2012), para 62

²²⁶ Ibid

²²⁷ Jf. Letellier mot Frankrike (1991), para 51

3.4.5 Beskyttelse av tiltalte

Dette hensynet er ikke konsekvent å finne i EMDs praksis. Av det domsmaterialet som jeg har gått igjennom finner jeg kun dette hensynet i en sak²²⁸.

I I.A. mot Frankrike anerkjente domstolen at hensynet til beskyttelse av tiltalte kan begrunne varetektsfengslingen. Hensynet inngikk således i den konkrete vurderingen som ble foretatt ved "rimelig tid"-kravet. I denne saken var vedkommende tiltalt for overlagt drap på sin kone, og staten anførte at det var fare for represalier fra konens familie. EMD godtok ikke dette fordi de anså sannsynligheten for represalier for lav, og uttalte følgende:

*"The Court accepts that in some cases the safety of a person under investigation requires his continued detention, for a time at least. However, this can only be so in exceptional circumstances having to do with the nature of the offences concerned, the conditions in which they were committed and the context in which they took place."*²²⁹

Faren for tiltaltes sikkerhet må være i sammenheng med den handlingen han er mistenkt for. Videre må faren ha tilknytning til karakteren av forbrytelsen, og den måte og de omstendigheter den ble begått på. Det vil si at tiltalte befinner seg i en farlig situasjon på grunn av forbrytelsen han er tiltalt for. Dette kan for eksempel være ved hevnaksjoner som følge av den kriminelle handlingen. Denne fengslingsgrunnen er kun anerkjent i eksepsjonelle tilfeller.

3.5 Alternative midler

Artikkel 5 nr. 3 oppstiller en plikt for de nasjonale myndigheter å overveie om det finnes mindre inngripende tiltak som kan anvendes istedenfor frihetsberøvelsen, såkalte varetektssurrogater²³⁰. Dette fremgår av ordlyden i artikkel 5 nr. 3 som lyder "*release may be conditioned by guarantees to appear for trial*".

²²⁸ Se I.A. mot Frankrike (1998), para 108

²²⁹ Ibid

²³⁰ Jf. Idalov mot Russland (2012), para 140 og 148

Plikten til å vurdere mindre inngripende tiltak har blitt slått fast i en rekke dommer²³¹. Blant annet i Khodorkovskiy mot Russland hvor domstolen uttalte at: *“the domestic courts ought to have considered whether other, less intrusive, preventive measures could have been applied, and whether they were capable of reducing or removing completely the risks of fleeing, re-offending or obstructing justice”*²³².

Konvensjonen inneholder ikke en oppregning av hva som regnes som alternative midler²³³. Det vil dermed være opp til statenes lovgivning og praksis hvilke alternative midler som skal vurderes å bruke istedenfor varetektsfengsling. I rekommandasjonen fra 2006 slås det fast at: *“In order to avoid inappropriate use of remand in custody the widest possible range of alternative, less restrictive measures relating to the conduct of a suspected offender shall be made available”*²³⁴. Det er ønskelig at nasjonalstatene utvikler gode systemer med varetektssurrogater for å sikre at det frihetsberøves kun der det er strengt nødvendig.

Når det nasjonale rettssystemet åpner for bruk av varetektssurrogater, krever EMDs praksis at disse tas med i vurderingen om fortsatt fengsling²³⁵. I Khudoyorov mot Russland oppstilte den nasjonale loven en plikt til å vurdere varetektssurrogater²³⁶. Domstolen fastslo at de nasjonale domstolene måtte forklare hvorfor de tilgjengelige alternative midlene ikke var tilstrekkelige for å sikre at tiltalte møtte i retten²³⁷.

Vurderingen om alternative midler minner om den inngående vurderingen som gjøres om fengslingsgrunnene er relevante og tilstrekkelige. Det er de konkrete og spesielle forholdene ved saken og ved tiltalte som skal tas med i undersøkelsen om det finnes mindre inngripende tiltak til varetektsfengslingen²³⁸. Garycki mot Polen er illustrerende, her uttalte domstolen at

²³¹ Jf. Blant annet Jabłoński mot Polen (2000), para 83 og Idalov mot Russland (2012), para 140

²³² Jf. Khodorkovskiy mot Russland (2011), para 197

²³³ Se Rec(2006)13, para 2(1), hvor det gis eksempler på spesifikke alternative midler

²³⁴ Jf. Rec(2006)13, para 4

²³⁵ Jf. Jarzyński mot Polen (2005), para 45, Mamedova mot Russland (2006), para 78 og Garycki mot Polen (2007), para 53

²³⁶ Jf. Khudoyorov mot Russland (2005), para 184

²³⁷ Se også Jarzyński mot Polen (2005), para 46 og Garycki mot Polen (2007), para 53

²³⁸ Jf. Khodorkovskiy mot Russland (2011), para 195 og. Neumeister mot Østerrike (1968), para 11

det ikke var: *apparent from the relevant decisions why the authorities considered that those other measures would not have ensured the applicant's appearance before the court*"²³⁹. Det skal forklares hvorfor de mindre inngripende tiltakene ikke er tilstrekkelige som surrogat for varetektsfengslingen²⁴⁰. Ved denne vurderingen er det avgjørende om varetektssurrogater kan tre istedenfor selve fengslingen og redusere den risikoen som fengslingsgrunnen bygger på, enten det er flukt-, bevisforspillelses- eller gjentakelsesfare, eller hensynet til offentlig orden det er snakk om.

Hvordan tiltalte har forholdt seg til varetektssurrogater i andre saker vil være av betydning. I Neumeister mot Østerrike var tiltalte fengslet på grunn av fluktfare. Her var det et moment at vedkommende hadde blitt løslatt med bevegelsesbegrensninger i en lengre periode uten å gjøre forsøk på å flykte. At tiltalte ikke følger de vilkårene som er pålagt han av retten, betyr ikke automatisk at personen kan varetektsfengsles²⁴¹. Hovedregelen om personlig frihet gjelder fortsatt, og det må vurderes om det tiltaket som anvendes ovenfor individet er det minst inngripende.

I noen saker har myndighetene oversett tiltaltes forsøk på å stille sikkerhet. Dette er et moment som taler imot at staten har gjort en god nok undersøkelse av om det foreligger alternative midler²⁴². I Becciev mot Moldova hadde myndigheten ikke tatt hensyn til tiltalte og hans forsvarers forsøk på å stille med garantier for at siktede ikke skulle forlate landet, blant annet å gi opp pass og å stille med kausjon. Det var heller ikke vurdert tilbud som var kommet fra tredjeparter om å stille med kausjon på vegne av tiltalte²⁴³. EMD pekte på at disse surrogatene burde ha vært vurdert i fengslingskjennelsene.

²³⁹ Jf. Garycki mot Polen (2007), para 54 og Jarzyński mot Polen (2005), para 46, hvor den samme formuleringen anvendes

²⁴⁰ Jf. Jabłoński mot Polen (2000), para 84, Mamedova mot Russland (2006), para 78, som gjaldt bevisforspillelsesfare

²⁴¹ Jf. Rec(2006)13, para 12

²⁴² Jf. Idalov mot Russland (2012), para 146, Selçuk mot Tyrkia (2006), para 43 og Becciev mot Moldova (2005), para 62

²⁴³ Jf. Becciev mot Moldova (2005), para 62 se også Neumeister mot Østerrike (1968), para 12, Khayredinov mot Ukraina (2002), para 42 og Letellier mot Frankrike (1991), para 46

Når det gjelder fluktfaren oppstiller EMD en strengere vurdering om varetektssurrogatene. EMD har slått fast at når den eneste grunner for fortsatt fengsling er fluktfare, må siktede løslates om det finnes alternative midler for å sikre at tiltalte møter til hovedforhandling²⁴⁴. Dette ble slått fast i blant annet Letellier mot Frankrike hvor domstolen uttalte at: *“when the only remaining reason for continued detention is the fear that the accused will abscond and thereby subsequently avoid appearing for trial, he must be released if he is in a position to provide adequate guarantees to ensure that he will so appear, for example by lodging a security”*²⁴⁵.

3.5.1 Kausjon

EMDs praksis om artikkel 5 nr 3 setter visse krav til fastsettelse av kausjonen. Her er det midlertidig en forutsetning at landet har et system med kausjon. Dette følger av ordlyden ”kan” i artikkel 5 nr. 3. Konvensjonen krever ikke at medlemsstatene innfører et system med kausjon²⁴⁶.

For det første vurderer EMD om kausjonen har blitt tatt med i vurderingen om varetektssurrogater. Dette er vurderingen om alternative mindre midler²⁴⁷. For det andre setter EMD visse krav til fastsettelsen av selve kausjonen. Det er disse vilkårene som skal omhandles i det følgende

Formålet med kausjonen skal være å sikre at tiltalte møter til hovedforhandling²⁴⁸. Fastsettelsen av kausjonens størrelse skal derfor bestemmes i forhold til tiltaltes personlige forhold, og vurderes konkret ut ifra forholdene i saken. Det stilles like høye krav til begrunnelse for nektelse av kausjon som det stilles til begrunnelsen for selve vurderingen av om fortsatt fengsling er nødvendig²⁴⁹. Det skal vurderes om det er sannsynlig at tiltalte, til tross for den sikkerheten som kan stilles, allikevel vil forsøke å flykte.

²⁴⁴ Jf. Wemhoff mot Tyskland (1968), para 15

²⁴⁵ Jf. Letellier mot Frankrike (1991), para 46

²⁴⁶ Jf. Kjølbrot(2010) s. 324

²⁴⁷ Se kapittel 3.4

²⁴⁸ Jf. Neumeister mot Østerrike (1968), para 14

²⁴⁹ Jf. Piotr Osuch mot Polen (2009), para 39 og Skrobol mot Polen (2005), para 57

Mangouras mot Spania er illustrerende for den vurderingen som skal gjøres. Her ble det slått fast at kausjonens størrelse skal bestemmes ut ifra: *“by reference to [the accused], his assets and his relationship with the persons who are to provide the security, in other words to the degree of confidence that is possible that the prospect of loss of the security or of action against the guarantors in case of his non-appearance at the trial will act as a sufficient deterrent to dispel any wish on his part to abscond”*²⁵⁰ Det skal konkret vurderes om den sikkerheten som stilles er tilstrekkelig til å sikre at tiltalte vil møte til hovedforhandling²⁵¹.

Kausjonsvilkårene prøves inngående av EMD. Det kreves at de nasjonale domstolene eksplisitt begrunner kausjonens størrelse²⁵². I denne begrunnelsen skal det tas hensyn til siktedes midler²⁵³, tiltaltes kapasitet til å stille sikkerhet²⁵⁴ og tiltaltes forhold til eventuelle tredjeparter som har stilt sikkerhet på vegne av tiltalte²⁵⁵. Domstolen har slått fast at en automatisk nektelse av kausjon er i strid med artikkel 5 nr. 3²⁵⁶. I Boicenco mot Moldova var kausjon utelukket når det gjaldt visse alvorlige forbrytelser. Dette ble ansett å være i strid med konvensjonen²⁵⁷. Den frihetsberøvede har på sin side, om han vil bli løslatt mot kausjon, en plikt til å på en lojal måte, komme med tilstrekkelige og verifiserbare opplysninger om størrelsen av den kausjonen som fastsettes²⁵⁸.

²⁵⁰ Jf. Mangouras mot Spania (2010), para 78

²⁵¹ Jf. Piotr Osuch mot Polen (2009), para 39 og Skrobol mot Polen (2005), para 57

²⁵² Jf. Georgieva mot Bulgaria (2008), para 15, 30 og 31

²⁵³ Jf. Toshev mot Bulgaria (2006), para 69

²⁵⁴ Ibid

²⁵⁵ Jf. Monguras mot Spania (2010), para 84

²⁵⁶ Jf. Piruzyan mot Armenia (2012), para 105, se også McKay mot Storbritannia (2006), para 48-51, hvor det manglet prøvingsmuligheter for kausjonsspørsmålet

²⁵⁷ Jf. Boicenco mot Moldova (2006), para 134-138

²⁵⁸ Jf. Piotr Osuch mot Polen (2009), para 40 og Skrobol mot Polen (2005), para 57

3.6 Krav til sakens fremdrift

Hvis EMD finner at fengslingsgrunnene var relevante og tilstrekkelige for hele perioden vurderes det deretter kravet til sakens fremdrift²⁵⁹. Dette kravet er dermed også en spesiell betingelse, men blir kun bedømt om domstolen finner at begrunnelsene i fengslingskjennelsene er i samsvar med ”rimelig tid”-kravet.

Dette er et krav til at myndighetene ved sin behandling av saken har utvist ”*special diligence in the conduct of the proceedings*”²⁶⁰. EMD bedømmer her om nasjonalstaten har utvist nødvendig omhu ved behandlingen av straffesaken²⁶¹. Kravet til sakens fremdrift gjelder både for etterforskningen og domstolsbehandlingen²⁶². Hvis domstolen kommer til at de nasjonale myndigheter ikke har utvist ”special diligence”, konstateres det brudd på artikkel 5 nr. 3.

Artikkel 5 nr 3 stiller i denne sammenheng krav til prosessens organisering og prioriteringer og krever at påtalemyndigheten gjør det de kan for å sikre at siktede ikke sitter lenger enn nødvendig i varetekt. I denne vurderingen veies hensynet mellom effektivitet på den ene siden og hensynet til en forsvarlig saksbehandling og rettssikkerhet på den andre siden. EMD har slått fast at fengslingssaker skal prioriteres²⁶³, men anerkjenner samtidig at hensynet til sakens fremdrift ikke skal gå på bekostning av kvaliteten på etterforskningen. I Wemhoff mot Tyskland uttalte domstolen at selv om en person i varetekt har rett til at selv om saken skal ha prioritet og det stilles krav til sakens fremdrift, kan ikke dette stå i veien for at det skal søkes å finne fram til alle sakens fakta, og til å gi både forsvaret og påtalemyndigheten mulighet til å fremstille sin sak²⁶⁴. Denne vurderingen tilsvarer i stor grad den vurderingen man finner i artikkel 6 nr. 1, men er i praksis ikke like detaljert og inngående²⁶⁵.

²⁵⁹ Jf. Labita mot Italia (2000), para 153, Ereren mot Tyskland (2014), para 60 og 61, Panchenko mot Russland (2005), para 107, Van der Tang mot Spania (1995), para 67 og Castravet mot Moldova (2007), para 35

²⁶⁰ Ibid

²⁶¹ Jf. Kjølbrot(2010) s. 322

²⁶² Jf. Barfuss mot Tsjekkia (2000), para 72

²⁶³ Jf. Matznetter mot Østerrike (1969), para 12

²⁶⁴ Jf. Wemhoff mot Tyskland (1968), para 17

²⁶⁵ Jf. Kjølbrot(2010) s. 322

Selve bedømmelsen av ”special diligence” kravet beror på en konkret vurdering. I denne sammenheng vurderes det blant annet om selve saken er stor og komplisert, og årsaken til eventuelle forsinkelser i prosessen. Av EMDs praksis kan man utlede at forsinkelser i prosessen som ikke kan forsvares, lett leder til brudd på artikkel 5 nr 3.

Et moment i denne vurderingen er sakens omfang og kompleksitet²⁶⁶. Det er godtatt av EMD at store og kompliserte saker tar lenger tid²⁶⁷.

Når EMD vurderer sakens omfang og kompleksitet legger de blant annet vekt på tiltalens alvorlighet²⁶⁸, hvor omfattende bevisførselen har vært og om saken har vært preget av prosessuell kompleksitet²⁶⁹.

En omfattende bevisførsel kan forklare at etterforskningen og rettsaken drar ut i tid²⁷⁰. I Chraidi mot Tyskland ble en varetektstid på fem og et halvt år godtatt av EMD. Saken gjaldt en komplisert terrorsak, hvor tiltalte var fengslet mistenkt for terrorbombing av et diskotek i Berlin. Her var det av betydning at det var flere meddeltalte i saken²⁷¹, samt at det var tatt avhør av 169 vitner²⁷². Det var her en omfattende bevisførsel og det hadde blitt holdt mange rettsmøter²⁷³. EMD uttalte her at når kriminaliteten er internasjonal og etterforskningen skal søke å avdekke nettverk som er vanskelig tilgjengelige, så kan saken dra ut i tid, uten at det har skjedd et brudd på artikkel 5 nr 3. EMD anerkjenner at statenes bekjempelse av terrorisme kan by på ekstraordinære vanskeligheter i forhold til etterforskningen²⁷⁴. De samme hensynene kan anføres der det er snakk om omfattende organisert kriminalitet²⁷⁵.

²⁶⁶ Jf. Wemhoff mot Tyskland (1968), para 17

²⁶⁷ Jf. Scott mot Spania (1996), para 74

²⁶⁸ Jf. Dudek mot Polen (2006), para 39

²⁶⁹ Jf. Muller mot Frankrike (1997), para 38

²⁷⁰ Jf. Dudek mot Polen (2006), para 39 og Isayev mot Russland (2009), para 155

²⁷¹ Se også Dudek mot Polen (2006), para 39, hvor det også var flere medskyldige i saken

²⁷² Jf. Chraidi mot Tyskland (2006), para 43

²⁷³ Ibid, para 44

²⁷⁴ Ibid, para 37

²⁷⁵ Jf. Razniak mot Polen (2008), para 33, som gjaldt organisert kriminalitet og Ereren mot Tyskland (2014), para 61, som også gjaldt terror

I Sulaoja mot Estland ble det konstatert brudd på kravet til sakens fremdrift. I denne saken ble det lagt vekt på at bevismaterialet var beskjedent, det var heller ikke foretatt mange vitneavhør²⁷⁶. Tiltalen gjaldt fem innbrudd, hvor tiltalte i to av tilfellene hadde blitt tatt på fersk gjerning av øyenvitner, som deretter innbrakte han til politiet²⁷⁷. EMD kom til at, selv om tiltalen gjaldt flere innbrudd, så var ikke selve etterforskning komplisert nok til å rettferdiggjøre varetektstiden på et og et halvt år. I Matznetter mot Østerrike hadde etterforskningen tatt lang tid, EMD fant allikevel at det ikke var unødige forsinkelser i etterforskningen²⁷⁸. Det ble lagt vekt på at saken gjaldt alvorlig økonomisk kriminalitet som hadde vært vanskelig å utrede. Kriminalitet hadde foregått i lang tid og det var tidkrevende å gå igjennom alt bevismaterialet²⁷⁹.

En sak med prosessuell kompleksitet kan også forklare en lang saksbehandling²⁸⁰. I Van der Tang mot Spania godtok EMD en lang saksbehandlingstid, da saken var en del av et større sakskompleks²⁸¹. Det er også av betydning om det har vært samarbeid med andre lands etterforskninger, eller om myndighetene har anvendt internasjonale avtaler for å innhente bevis²⁸². I Ereren mot Tyskland godtok EMD en varetektstid på fem år og åtte måneder²⁸³. Det gjaldt her en omfattende sak hvor tiltalte var mistenkt for å ha stått bak en rekke terrorangrep og forsøk på terror. Et av terrorangrepene var utført i Tyrkia og etterforskningen tok tid på grunn av samarbeid med tyske myndigheter om å få utlevert de nødvendige bevisene.

²⁷⁶ Jf. Sulaoja mot Estland (2005), para 65, se også Scott mot Spania (1996), para 83

²⁷⁷ Jf. Solaoja mot Estland (2005), para 66

²⁷⁸ Jf. Matznetter mot Østerrike (1969), para 12

²⁷⁹ Se også Van der Tang mot Spania (1995), para 75, hvor det gjaldt alvorlig organisert kriminalitet

²⁸⁰ Jf. Muller mot Frankrike (1997), para 38, Scott mot Spania (1996), para 83 og Matznetter mot Østerrike (1969), para 12

²⁸¹ Jf. Van der Tang mot Spania (1995), para 75, se også Muller mot Frankrike (1997), para 38

²⁸² Jf. Scott mot Spania (1996), para 83 hvor det uttales at *"the various difficulties associated with the implementation of the international letter of judicial cooperation (translation of documents, transmission by diplomatic channels, repeated summons of the complaint) can justify the very long period of time the applicant spent in detention"* og Contrada mot Italia, para 66

²⁸³ Jf. Ereren mot Tyskland (2014), para 61-63

Et annet moment i vurderingen om sakens fremdrift er om det har vært forsinkelser i prosessen²⁸⁴, og årsaken til eventuelle forsinkelser.

Hvor forsinkelsene skyldes ineffektivitet ved påtalemyndighetens eller domstolenes side konstaterer EMD lett krenkelse. Dette er et utslag av myndighetenes selvstendige plikt til sakens fremdrift. De nasjonale myndigheter vil således være ansvarlig for forsinkelser som skyldes mangelfull organisering av rettssystemet. For eksempel forsinkelser som skyldes hyppig utskifting av dommere²⁸⁵, eller forfall hos dommere eller lagdommere²⁸⁶. Statenes og justisvesenets manglende ressurser tillegges liten eller ingen vekt²⁸⁷.

Forsinkelser som ikke kan forklares vil kunne føre til brudd på kravet til sakens fremdrift. For eksempel der det går lang tid fra saken er ferdig etterforsket og til domstolsbehandlingen gjennomføres²⁸⁸. I *Barfuss mot Tsjekkia* var det et moment at det hadde gått elleve måneder fra arresten til det ble tatt ut tiltale, uten at de nasjonale myndighetene hadde noen annen forklaring enn at saken var komplisert²⁸⁹. Det er særlig hvor det har vært inaktive perioder uten at staten har en forklaring på dette, at kravet til fremdrift i saksbehandlingen ikke er oppfylt²⁹⁰. I *Toth mot Østerrike* medførte praksisen med å overføre saken fra en domstol til en annen at saken ble suspendert i lengre periode. Dette ble ikke godtatt av EMD²⁹¹. Der forsinkelsen skyldes forhold som de nasjonale myndighetene ikke kunne ha unngått godtar EMD forsinkelsene²⁹². For eksempel der vitner uteblir eller forsinkelsene skyldes nye bevisopptak²⁹³.

²⁸⁴ Jf. *Isayev mot Russland* (2009), para 156, hvor domstolen kom til at det ikke var forsinkelser i saken.

²⁸⁵ Jf. *Muller mot Frankrike* (1997), para 48

²⁸⁶ Jf. *Dzelili mot Tyskland* (2005), para 79

²⁸⁷ Jf. *Toth mot Østerrike* (1991), para 76, *Český mot Tsjekkia* (2000), para 81 og 82, *Barfuss mot Tsjekkia* (2000), para 72 og *Muller mot Frankrike* (1997), para 48

²⁸⁸ Jf. *Toth mot Østerrike* (1991), para 77 og *Český mot Tsjekkia* (2000), para 82

²⁸⁹ Jf. *Barfuss mot Tsjekkia* (2000), para 71-74, det avgjørende her var at det var forsinkelser i alle ledd frem til og med domsavsigelsen

²⁹⁰ Jf. *Punzelt mot Tsjekkia* (2000), para 78-80 og *Veliyev mot Russland* (2010), para 157

²⁹¹ Jf. *Toth mot Østerrike* (1991), para 77 se også *Assenov m. fl. mot Bulgaria* (1998), para 157

²⁹² Jf. *Ereren mot Tyskland* (2014), para 63 og *Scott mot Spania* (1996), para 83

²⁹³ Jf. *Český mot Tsjekkia* (2000), para 84

Tiltaltes adferd og om forsinkelsen skyldes forhold på tiltaltes side kan tillegges vekt i vurderingen²⁹⁴. I Herczegfalvy mot Østerrike godtok EMD at saksbehandlingen ble forlenget, da dette i hovedsak skyldes tiltaltes oppførsel²⁹⁵. Det er midlertidig viktig å huske på at tiltalte ikke har noen samarbeidsplikt under etterforskningen²⁹⁶. Bruk av ordinære rettsmidler skal som regel ikke være tiltaltes risiko og tiltalte har rett til å bruke de rettsmidlene han ønsker.

3.7 Varetektstidens selvstendige betydning

Det kan ikke oppstilles en generell regel om tiden. Domstolen har uttrykkelig avvist at artikkel 5 nr 3 setter en absolutt grense for hvor lang en varetektstid kan være²⁹⁷.

Indirekte får tiden betydning ved at frihetsinngrepet blir mer belastende desto lenger personen sitter fengslet. Det må dermed settes større krav til grunnene for å holde personen fengslet. Det er allikevel grunnene og ikke lengden som prøves²⁹⁸.

Som fremstillingen over viser, minsker risikoen for de ulike fengslingsgrunnene raskt med tiden. Dette vil ha innvirkning ved at fengslingsgrunnene i realiteten må være svært sterke for å kunne begrunne en langvarig fengsling²⁹⁹. Selv der hvor det foreligger grunner for fengslingen, konstateres det brudd der fengslingen har vært langvarig³⁰⁰.

En lang varetektstid kan inngå som et selvstendig moment i vurderingen om "rimelig tid" etter artikkel 5 nr. 3³⁰¹. En varetektsfengsling kan for øvrig være så langvarig at den i

²⁹⁴ Jf. Scott mot Spania (1996), para 83, Kudla mot Polen (2000), para 130 og W. mot Sveits (1993), para 42

²⁹⁵ Jf. Herczegfalvy mot Østerrike (1992), para 72, 13 og 14

²⁹⁶ Jf. Mamedova mot Russland (2006), para 83

²⁹⁷ Se W. mot Sveits, para 30 (1993), hvor en dissenterene dommer foreslo en absolutt lengstetid på bakgrunn av europeiske standarder og forventninger, dette ble ikke fulgt opp

²⁹⁸ Jf. Idalov mot Russland (2012), para 140 "no matter how short"

²⁹⁹ Jf. I.A. mot Frankrike (1998), para 111, hvor det sies at: "*the considerable length of the deprivation of liberty suffered by the applicant should have been based on particularly convincing justifications*". Se også Govorushko mot Russland (2007), para 45 og Bannikov mot Latvia (2013), para 66

³⁰⁰ Jf. Bagiński mot Polen (2005), para 71

³⁰¹ Jf. Khudoyorov mot Russland (2005), para 178 og Korchuganova mot Russland (2006), para 71

utgangspunktet presumeres å være i strid med artikkel 5 nr. 3³⁰². I Svipsta mot Latvia uttalte domstolen at varetektsfengslingen hadde vart over to år og tre måneder, og at denne perioden i utgangspunktet utgjorde et problem i forhold til artikkel 5 nr. 3³⁰³. I Govorushko mot Russland slo domstolen fast at en fengslingsperiode på over to år var grunn til bekymring og at det kreves tungtveiende grunner for at en slik langvarig fengsling skal anses som rettferdiggjort. Domstolen uttalte at: *“The Court reiterates that the Russian authorities were required to put forward very weighty reasons for keeping the applicant in detention for such a long time”*³⁰⁴.

Det kan utledes av EMDs praksis at det særlig er når varetekts lengde er mer enn to år at domstolen skjerper kravene til sakens fremdrift. I Kudoyorov mot Russland ble det pekt på at staten ikke hadde foretatt en eksplisitt vurdering av om fengslingen hadde vart urimelig lenge. Den totale varetektstiden var over fem år og fire måneder. EMD uttalte her at en slik analyse burde ha vært dominant i fengslingskjennelsene etter at tiltalte hadde sittet fengslet i to år³⁰⁵. Illustrerende er også Korchuganova mot Russland hvor EMD uttalte at: *“The inordinate length of the applicant’s pre-trial detention – over five years – is a matter of grave concern for the Court. It observes that at no point in the proceedings did the domestic authorities consider whether the length of her detention had exceeded a “reasonable time”. Such an analysis should have been particularly prominent in the domestic decisions after she had spent more than two years in custody”*³⁰⁶.

Mistenktes personlige forhold kan gjøre at fengslingen oppleves som ekstra inngripende. Dette kan tas hensyn til når man vurderer varetektstiden. I Kudla mot Polen hadde tiltalte forsøkt å begå selvmord gjentatte ganger og holdt sultestreik under fengslingen. EMD uttalte at tiltalte *“suffered from serious depression. This required particular diligence of them dealing with his case”*³⁰⁷. EMD dømte brudd og tok med i vurderingen at fengslingen hadde virket belastende på tiltalte, og påpekte at staten ikke hadde tatt med dette i vurderingen. Et

³⁰² Jf. Kjølbros (2010) s. 323

³⁰³ Jf. Svipsta mot Latvia (2006), para 107, se også Korshunov mot Russland (2007), para 47

³⁰⁴ Jf. Govorushko mot Russland (2007), para 45

³⁰⁵ Jf. Khudoyorov mot Russland (2005), para 178

³⁰⁶ Jf. Korchuganova mot Russland (2006), para 71

³⁰⁷ Jf. Kudla mot Polen (2000), para 130

annet tilfelle der varetekten kan være ekstra belastende er der det er snakk om fengsling av mindreårige. EMD har uttalt at fengsling av mindreårige kun skal anvendes som siste utvei og at fengslingen skal være så kort som mulig³⁰⁸. I dommen Nart mot Tyrkia var det et moment i vurderingen at tiltalte var mindreårig når EMD konstaterte at lengden på varetektstiden var i strid med “rimelig tid”-kravet³⁰⁹.

Varetektstiden må sees i sammenheng med at det er påtalemyndighetens ansvar å sørge for at tiltalte ikke sitter fengslet lenger enn nødvendig. Varetektssaker skal prioriteres. Det er også påtalemyndighetens ansvar å sørge for løpende rettslig kontroll av fengslingsvilkårene. I de landene som har lovregler om lengstetider for varetekten, skal ikke disse reglene stå i veien for å vurdere det fortsatte behovet for fengslingen fortløpende³¹⁰.

Ved de svært lange varetektsfengslingene, er det kun de i alvorligste sakene, der samfunnet har mest å tape, at fengslingen er godtatt etter ”rimelig tid” kravet i artikkel 5 nr 3³¹¹.

³⁰⁸ Jf. Nart mot Tyrkia (2008), para 31 og Korneykova mot Ukraina (2012), para 48

³⁰⁹ Jf. Nart mot Tyrkia (2008), para 34

³¹⁰ Jf. Korchuganova mot Russland (2006), para 71

³¹¹ Jf. Chraidi mot Tyskland (2006), para 34-48, Mangouras mot Spania (2010), para 82-93 og Erreren mot Tyskland 2014, para 53-66

4 Avsluttende bemerkninger

En positiv konsekvens av ”rimelig tid”-kravet er at individenes rettssikkerhet blir bedre ivarettatt ved at vilkårene for å varetektsfengsle blir høyere. Det sikres at medlemsstatenes individer ikke frihetsberøves vilkårlig, og at fengsling kun anvendes der det er absolutt nødvendig. På den andre siden kan det spørres om ”rimelig tid”-kravets inngående vurdering griper inn i statenes systemer på en måte som utfordrer statenes suverenitet. Når rettighetene i konvensjonen får karakter av å detaljstyre nasjonal lov, har domstolen kanskje gått for langt? Når konvensjonen ble vedtatt bar artiklene preg av å være minsterettigheter for enkeltindivider. Det gjør de ikke i dag, og særlig ”rimelig tid”-kravet stiller konkrete krav til både de prosessuelle og materielle reglene angående varetektsfengslingen.

Det er en kompleks vurdering som springer ut fra ordene ”rimelig tid” i artikkel 5 nr. 3. Kravet inneholder både et vilkår om overbevisende grunner for selve fengslingen, og krever at det rettslige systemet angående varetekten er effektivt nok. Vurderingene gjøres på forskjellige tidspunkter og inneholder svært ulike elementer. Denne vurderingen har i praksis vist seg å være streng³¹². Av det foreliggende domsmaterialet ser man at det ikke bare er landene med tvilsomme systemer som blir dømt for krenkelse av ”rimelig tid”-kravet. Norge har enda ikke blitt dømt, men det er nok ikke et utenkelig scenario³¹³.

Hensynet til demokratiet spiller en stor rolle ved domstolens fortolkning av de enkelte rettighetene³¹⁴. Et viktig formål i konvensjonen, er å ivareta de verdiene som et demokratisk samfunn bygger på³¹⁵. Som fremstillingen viser, er statenes handlingsrom større når det er snakk om å bekjempe kriminalitet som truer et demokratisk samfunn eller demokratiske prinsipper. Når det gjelder bekjempelse av kriminalitet kan dette hensynet ofte gjøres gjeldende på begge sider. Demokratiske hensyn som rettssikkerhet og forebygging av maktmisbruk stilles opp mot rettshåndhevelsen. Rettshåndhevelsen er også en forutsetning for et demokratisk samfunn. Det er viktig at nasjonalstatene forfølger og oppklarer kriminalitet. Både for å opprettholde den offentlige orden, på grunn av allmennpreventive formål, for å

³¹² Se blant annet *Becciev mot Moldova* (2005), para 53

³¹³ Jf. Havre (2014) s. 48

³¹⁴ Jf. Kjølbro (2010) s. 26

³¹⁵ Jf. Konvensjonens preambel

beskytte samfunnet fra farlige individer og for å gi individene en sjanse til å gjøre opp for seg etter kriminelle handlinger og rehabiliteres tilbake til samfunnet.

5 Kilder

Litteratur:

- Dijk m. fl. (2006) Pieter van Dijk, Fried van Hoof, Arjen van Rijn and Leo Zwaak, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 4. utgave 2006
- Harris (2009) Harris, David J. Warbrick, Colin og O'Boyle, m. fl., *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2. utgave 2009
- Havre (2014) Merete Havre, *Den store balansetesten – varetekt etter en proporsjonalitetsmodell*, Universitetet i Oslo, 2014
- Kjølbrot (2010) Jon Fridrik Kjølbrot, *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – for praktikere*, Jurist- og økonomiforbundets forlag, 3. utgave 2010
- Jebens (2004) Sverre Erik Jebens, *Menneskerettigheter i straffeprosessen*, 2004
- Treschel (2005) Stefan Treschel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford University Press, 2005

Artikler

- Bates (2012) Ed Bates, *British sovereignty and the European Court of Human Rights*, Law Quarterly Review 2012 vol. 128
- Costa (2011) Jean-Paul Costa, *On the Legitimacy of the European Court of Human Rights' judgements 1*, European Constitutional Law Review 2011 vol. 7 nr. 2

Databaser:

http://echr.coe.int/Documents/COUREDH-2012-Guide_on_article_5_ENG.pdf

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx#>

Rekommandasjoner fra Europarådets Ministerkomité og Europarådets Parlamentariske Forsamling

- R(1965) Council of Europe, Resolution 1965 no 11, Res (65) Remand in custody
- R(1980) Council of Europe, Committee of Ministers, recommendation no. (80) 11 of the Committee of Ministers to member states, concerning custody pending trial
- R(2006) Council of Europe, Committee of Ministers, recommendation (2006) 13 of the Committee of Ministers to member states on the use of remand in custody, the conditions in which it takes place and the provision of safeguards against abuse.

Norske lover

Kongeriget Norges Grundlov, given i Rigsforsamlingen paa Eidsvold den 17ende Mai 1814 (Grunnloven)

Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaken (straffeprosessloven)

Lov av 21. mai 1999 nr. 19 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)

Internasjonale konvensjoner

EMK	Europarådets konvensjon 4. november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter (Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen)
SP	De forente nasjoners internasjonale konvensjon 16. desember 1966 om sivile og politiske rettigheter med følgende tilleggsprotokoller (Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter)
BK	De forente nasjoners konvensjon 20. november 1989 om barnets rettigheter (FNs barnekonvensjon)

Avgjørelser fra Den europeiske menneskerettighetsdomstolen

Aleksandr Makarov v. Russia	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 12 March 2009
Aleksanyan v. Russia	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 22 December 2008
Assenov and others v. Bulgaria	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 21 October 1998
Austin and others v. the United Kingdom (GC)	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 15 March 2012
Bagiński v. Poland	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 11 October 2005
Bannikov v. Latvia	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 11 June 2013
Barfuss v. the Czech Republic	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 31 July 2000

Becciev v. Moldova	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 04 October 2005
Boicenco v. Moldova	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 11 July 2006
Brogan and others v. the United Kingdom	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 29 November 1988
Bykov v. Russia (GC)	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 10 March 2009
Celejewski v. Poland	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 4 May 2006
Castravet v. Moldova	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 13 March 2007
Český v. the Czech Republic	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 6 June 2000
Chraidi v. Germany	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 26 October 2006
Clooth v. Belgium	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 12 December 1991
Csáky v. Hungary	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 28 March 2006
Daud v. Portugal	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 21 April 1998

Dereci v. Turkey	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 24 May 2005
Dudek v. Poland	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 4 May 2006
Dzelili v. Germany	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 10 November 2005
Erdagöz v. Turkey	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 21 October 1997
Ereren v. Germany	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 6 November 2014
Fox, Cambell and Hartley v. the United Kingdom	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 30 August 1990
Garycki v. Poland	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 6 February 2007
Georgieva v. Bulgaria	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 3 July 2008
Giorgi Nikolaishvili v. Georgia	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 13 January 2009
Govorushko v. Russia	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 25 October 2007
Gòrski v. Polen	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 4 October 2005

Güveç v. Turkey	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 2 January 2009
Guzzardi v. Italy	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 6 November 1980
Haidn v. Germany	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 13 January 2011
Herczegfalvy v. Austria	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 24 September 1992
I. A. v. France	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 23 September 1998
Idalov v. Russia (GC)	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 22 May 2012
Ilijkov v. Bulgaria	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 26 July 2001
Isayev v. Russia	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 21 October 2009
J.M. v. Denmark	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 13 November 2012
Jabłoński v. Poland	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 21 December 2000
Jarzyński v. Poland	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 04 October 2005

K.-F. v. Germany	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 27 November 1997
Kalashnikov v. Russia	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 15 July 2002
Kandzhov v. Bulgaria	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 6 November 2008
Kemmache v. France	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 27 November 1991
Khayredinov v. Ukraine	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 14 October 2010
Khodorkovskiy v. Russia	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 31 May 2011
Khudoyorov v. Russia	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 8 November 2005
Kislitsa v. Russia	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 19 June 2012
Korchuganova v. Russia	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 8 June 2006
Korneykova v. Ukraine	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 19 January 2012
Korshunov v. Russia	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 25 October 2007

Kudla v. Poland (GC)	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 26 October 2000
Labita v. Italy (GC)	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 6 April 2000
Ladent v. Poland	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 18 March 2008
Leszczak v. Poland	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 7 March 2006
Letellier v. France	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 26 June 1991
Mamedova v. Russia	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 1 June 2006
Mangouras v. Spain (GC)	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 28 September 2010
Mansur v. Turkey	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 8 June 1995
Matznetter v. Austria	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 10 November 1969
McKay v. the United Kingdom (GC)	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 3 October 2006
Medvedyev and others v. France	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 29 March 2010

Muller v. France	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 17 March 1997
Nart v. Turkey	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 6 May 2008
Nikolov v. Bulgaria	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 30 January 2003
Neumeister v. Austria	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 27 June 1968
Panchenko v. Russia	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 8 February 2005
Piotr Osuch v. Poland	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 3 November 2009
Piruzyan v. Armenia	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 26 June 2012
Prencipe v. Monaco	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 16 July 2009
Punzelt v. the Czech Republic	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 25 April 2000
Raźniak v. Poland	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 7 October 2008
Riccardi v. Romania	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 3 April 2012

Ringeisen v. Austria	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 16 July 1971
Sarban v. Moldova	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 4 October 2005
Scott v. Spain	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 18 December 1996
Selçuk v. Turkey	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 10 January 2006
Sergey Zolotukhin v. Russia	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 10 February, 2009
Shishkov v. Bulgaria	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 9 January 2003
Skrobol v. Poland	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 13 September 2005
Smirnova v. Russia	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 24 July 2003
Storck v. Germany	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 16 June 2005
Stögmüller v. Austria	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 10 November 1969
Sulaoja v. Estonia	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 15 February 2005

Suominen v. Finland	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 1 July 2003
Svipsta v. Latvia	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 9 March 2006
Tase v. Romania	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 10 June 2008
Tiron v. Romania	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 7 April 2009
Tomasi v. France	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 27 August 1992
Toth v. Austria	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 12 December 1991
Toshev v. Bulgaria	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 10 August 2006
Van der Tang v. Spain	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 13 July 1995
Veliyev v. Russia	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 24 June 2010
Vrenčev v. Serbia	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 23 September 2008
W. v. Switzerland	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 26 January 1993

Wemhoff v. Germany

The European Court of Human Rights,
Strasbourg, 27 June 1968

Yudayev v. Russia

The European Court of Human Rights,
Strasbourg, 15 January 2009

Yuriy Yakovlev v. Russia

The European Court of Human Rights,
Strasbourg, 29 April 2010